

الإمام أحمد بن علي بن
عبد الرحمن المنجور

شرح المنهج المنتخب
إلى قواعد المذهب

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

لقد تم نشر هذا الكتاب بمبادرة من آل الإمام
المنجور ورية المرحوم عبد الهادي ابن العباس
ابن محمد المنجور رغبة في إظهاره في صورة تكشف
روائعه وتبرز كنوزه للقارئ المهتم بزخائر الثقافة
المغربية الأصيلة والطالب الدارس لفحول الفكر
الإسلامي في قديم عصورنا الزاهية والباحث العالم
المحتضن في العقائد والأصول.

و الله ولي التوفيق.

عن أهل الامام المنجور
د. ابو آدم محمد المنجور

د. ادريس المنجور

الدرار البيضاء في 02 ذو الحجة 1434 موافق 07 أكتوبر 2013

بسم الله الرحمان الرحيم

تقديم

للدكتور محمد حمزة
بن علي اللتاني

الحمد لله رب العالمين، وصلاته وسلامه على أشرف المرسلين، وآله وأصحابه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين...

أما بعد؛ فيسعدني التقديم لكتاب «شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب»، للإمام شيخ الإسلام أبي العباس أحمد بن علي بن عبد الرحمن المنجور المكناسي ثم الفاسي، وهو كتاب يعد لبنة مهمة تضاف إلى ما كتبه علماء المغرب الأقصى خدمة للفقهاء المالكيين مثلًا في قواعده، وكتباته العامة.

والإمام أبو العباس المنجور يعد في الطبقة الأولى من أعلام المغرب الأقصى في القرن العاشر الهجري، من طبقة الأئمة ابن غازي، والزقاق، والونشريسي، والجنوي، والقصار... وأضربهم رحمهم الله تعالى... وقد كان يحكى عنه من التثبت في العلم، والورع في الدين ما يعد مضرب الأمثال، بحيث لو أدركه أبو نعيم الأصفهاني رحمه الله تعالى، لذكر من تلك الخصال في كتابه النفيس «حلية الأولياء»...

ومن ذلك: ما حكاه الإمام الحافظ الشيخ عبد الحي بن عبد الكبير الكتاني الحسني في موسوعته: «فهرس الفهارس والأثبات، ومعجم المعاجم والمشيخات والمسلسلات»، الذي يعتبر ذيلًا على طبقات الحفاظ للحافظ الذهبي، قال بعد أن وصفه بـ: «الإمام علامة فاس ومسندها؛ أحمد ابن كبير دار المملكة الوطاسية وأمينها، والقيم على أمورها؛ أبي الحسن علي ابن الأمين أبي زيد عبد الرحمن المنجور»..

قال: «وفي طبقات الحضيكي: كان شديدًا في اتباع السنة في أحواله كلها، حتى كان تلميذه مولاي عبد الله بن علي بن طاهر [السجلماسي العلوي] إذا سئل عن شيء يقول: اصبروا حتى أنظر هل فعله الشيخ المنجور أم لا؟!؛ فإنه لا يفعل إلا السنة.. وقد سئل: هل لبس النبي صلى الله عليه وسلم السراويل؟.

فسأل زوجته، فأخبرته بأن الشيخ يلبسه دائما، فرجع وأخبر السائل بأنه صلى الله عليه وسلم لبس، واحتج بأنه: لو لم يلبسه؛ ما لبسه الشيخ! . اهـ.
قال: وانظر جواب المسناوي وابن زكري في القضية»⁽¹⁾.

من هنا تبرز مكانة الإمام المنجور كأحد أعلام الإسلام، المحتج بعلمهم، والمقتدى بفعالهم، والذين بلغوا مكانة مهمة في تاريخ الفقه الإسلامي، جعلتهم رمزا من رموز المعرفة، ورقما مهما لا يمكن تجاوزه في منظومة الفقه المالكي، خاصة أنه اهتم بموضوع جد مهم؛ وهو: التقعيد الفقهي والأصولي.

(1) «فهرس الفهارس» (2: 566).

وهذا الكتاب القيم؛ هو شرح لمنظومة شيخ شيوخه الإمام أبي الحسن علي بن قاسم التجيبي؛ الشهير بالزقاق الأندلسي الغرناطي، ثم الفاسي، المتوفى عام 912 للهجرة، وهو من أئمة العلم في وقته بفاس، رحل للأندلس وتلمسان، وطلب العلم على أعيان الزمان، وتخرج بهم، فكان إماما من الأئمة المقتدى بهم علما وعملا.

وهذه المنظومة شرحها الأعلام قديما وحديثا، في المغرب الأقصى، وشنقيط - موريتانيا - وشمال إفريقيا، غير أن شرح الإمام المنجور يعتبر العمدة في التدريس في مختلف المعاهد العلمية، وذلك منذ ألفه مؤلفه إلى يوم الناس هذا.

وموضوع هذه المنظومة: قواعد مذهب الإمام مالك؛ والقاعدة: هي الأصل الكلي الذي تنطبق عليه جملة الفروع.

فبمعرفة الأصل؛ يمكن استخراج الفروع غير المعروفة عليه، وهو فن من فنون الاجتهاد مصاحب للازدهار الفقهي في القرون الخامس والسادس فما بعدها، غير أنه اشتهر بقوة في بلاد الأندلس والمغرب في القرنين التاسع والعاشر؛ إذ يعتبر نتيجة للنهضة الفقهية في مجالي الفتوى والاستنباط، ويعتبر أهم كتاب ألف في فن «القواعد الفقهية» في المذهب المالكي: كتاب «القواعد» للإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد المقرئ التلمساني، المتوفى عام 756هـ، ثم ازدهر بالتوازي مع مفهوم «مقاصد الشريعة» الذي تبلور كعلم ونظرية عامة مع تلميذه الإمام أبي إسحاق الشاطبي في كتابه الشهير: «الموافقات».

وعن أهمية معرفة القواعد الفقهية يقول الإمام القرافي المالكي [«الفروق» (1: 2)]: «وهذه القواعد مهمة في الفقه، عظيمة النفع، بقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف، وتتضح مناهج الفتاوى وتكشف، فيها تنافس العلماء، وتفاضل الفضلاء، وبرز القارح على الجذع، وحاز قصب السبق من فيها برع... ومن ضبط الفقه بقواعده؛ استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات؛ لاندراجها في الكليات، واتخذ عنده ما تناقض عند غيره وتناسب، وأجاب الشاسع البعيد وتقارب، وحصل طلبته في أقرب الأزمان، وانشرح صدره لما اشرق فيه من البيان»...

من هنا تبرز قيمة هذا الكتاب، موضوعا وكاتبا، في بناء لبنة مهمة في الميدان الفقهي، خاصة ميدان تقنين الفقه الإسلامي، ليتجلى صلاحه في كل زمان ومكان، ويسهل استنباط التشريعات القانونية على وفق أحكام الشريعة الإسلامية، وهو الأمر الذي رآه العلماء منذ بروز حركة التمدن والتنظيم الحكومي الإسلامي، خاصة في الدول المستقرة؛ كدولة المغرب الأقصى، في الغرب، والدولة العثمانية في الشرق...

فأسأل الله تعالى أن يجازي حفيد المؤلف؛ وهو الحاج المحسن، المعتمني بنشر تراث جده المذكور؛ الحاج إدريس المنجور، على ما يقوم به من عمل مهم من حيث البحث عن مخطوطات جده الإمام أبي العباس المنجور، وطبعها، ونشرها، ليستفيد الناس منها، وجمع شجرة عائلتهم المباركة، فروعاً وأصولاً، وهو عمل مهم للغاية، حبذا لو يقوم به كل الأشخاص المنتمين للبيوتات العلمية؛ لأنه رمز الوفاء ومنتهاه للأباء، فكما في الحديث

الشريف: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»... ونشر العلم والمؤلفات؛ هو من قبيل إدامة العلم المنتفع به، ولا شك أن بركته ستعود على الخلف، ما تناسلوا؛ ضرورة أن الله لا يضيع أجر من أحسن عملاً...

علاوة على محافظة هذه الأسرة الطيبة على منزل جدها الأعلى؛ الإمام المنجور منذ نحو خمسمائة عام إلى الآن، فقد زرته في حومة السبع لويات، قرب جامع القرويين الأعظم، بمدينة فاس الغراء، ودخلته وتبركت به، وشاهدت محل خلوة وتعبد الإمام المذكور، فحبذا أن يبقوا هذا البيت محلاً للذكر، ونشر العلم والدين، ليبقى أجرا دائما لهم ولأعقابهم وأبائهم ما بقيت السماء والأرض...

أسأل الله تعالى أن يتقبل هذه الأعمال الصالحات، والحمد لله رب العالمين

الرباط: الجمعة: 14 ذي القعدة الحرام عام 1434

الموافق: 20 سبتمبر لعام 2013

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم يقول عبید الله الراجي رحمة مولاه السائل منه توفيقه لما يحبه ويرضاه، أحمد ابن علي بن عبد الرحمن المنجور، لطف الله به وكفاه ما أهمه وما لم يهمله من أمر دينه ودنياه.

الحمد لله على كل حال والشكر له سبحانه على ما أولانا من الأفضال، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه خير صحب و آل.

وبعد فالغرض أن أضع على المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب شرحا يبين العسير، ويكمل به إن شاء الله التقرير وقد احتوى هذا النظم من الفقه على الغزير وهو لصغر حجمه وكثرة علمه، وسهولة حفظه، وفهمه لا يوجد له في بابيه - فيما علمت - نظير فعلى اللبيب أن يأخذ في تحصيله بالجد والتشمير ولا يلتفت لغض مقصر من قدره، واحتقار حقير، والله سبحانه ولي التوفيق، والتسديد والتيسير، وهو حسبي ونعم الوكيل، ونعم المولى ونعم النصير.

ص يقول نجل قاسم على عبید ربه هو العلى

ش النجل هو الولد، وقاسم اسم والد الناظم، وعلى اسمه هو، فهو أبو الحسن على بن قاسم بن محمد التجيبي الشهير بالزقاق من أهل فاس. وتجيبة بضم التاء، وفتحها اسم قبيلة من قبائل اليمن، كان رحمه الله عارفاً بالفقه متقناً لمختصر الشيخ الإمام أبي المودة خليل بن إسحاق كثير الإعتناء به والتقيد عليه، والبحث عن كشف مشكلاته، مشاركاً في الفنون من النحو والأصول، والحديث والتفسير و التصريف خيراً

فاضلا ديننا، ذا سمت حسن وحال مستحسن، مقبلا على ما يعنيه، زوارا للصالحين، كثير التقييد للعلم. أخذ عن الفقيه الحافظ العلامة، أوحد زمانه أبي عبد الله القورى وغيره من شيوخ فاس، وارتحل إلى الأندلس، فأخذ بقرنطة عن الفقيه العالم العامل الصوفى أبى عبد الله المواق وغيره. وتولى آخر عمره الخطبة بجامع الأندلس، وتوفي عن سن عالية في شوال سنة اثني عشرة وتسعمائة ووجدت بخطه في سبب الشهرة بالزقاق ما نصه: «حدثني بعض شيوخ قرابتي، وهو موثوق به، أن الزقاق ليست نسبا لصناعة نعم كان جد والدي ذا مال، ولا يعيش له ذكر، فدل على أن يسكب زقا من زيت على ما يتزيد من ذكر له يسحمه به، ثم يتصدق به، ففعل فعاش ذو الزق، فاشتهر بذلك فبقى في ولده شهرة».

وعبيد تصغير عبد، وهو المملوك، والرب المالك والخالق، والمصلح والسيد، وهو عائد على الرب، والعلي في وصفه سبحانه وهو الذي لا رتبة فوق رتبته ولما كان في التسمية بعلي شمس شيء من العلو، نفاه بقوله: «عبيد ربه» وبقوله: «هو العلي» بصيغة الحصر وفي تصغير عبيد مبالغة في ذلك النفي وجملة هو العلي، معترضة بين القول ومحكيه، وهو قوله: «حمد الإله» إلى آخر الرجز.

ص حمد الإله ربنا يقدم والقول مهما لم يقدم أجزم

ش الحمد: هو الثناء بالجميل، والإله: المعبود بحق، ويقدم: يبدأ به والقول: أراد به المقول، والمعنى: حمد الله يبدأ به، والمقول أجزم مهما لم يقدم الحمد. والأجزم لغة: المقطوع اليد يقال: جذمت يده جذما، وجذمت الشيء جذما أي قطعته، وكني بالأجزم عن الناقض الشرف.

وأشار إلى ما خرجه أبو داود، وابن ماجه و أبو عوانة من طريق أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بالحمد» - وفي رواية - بسم الله مع نبذ مما عليها - وفي رواية - بذكر الله فهو أجزم - وأقطع أي غير مكتمل المقاصد المعتبرة شرعا.

ص أحمده حمدا كثيرا العدد مصليا على الهدى محمد
وآله وصحبه والتابعين وأهل طاعة الإله أجمعين

ش مصليا: حال مقدرة أي طالبا من الله الرحمة له، وقيل: الصلاة أبلغ من الرحمة لتضمنها معنى العطف، ولذلك عدت بعلى والهدى اسم من أسمائه ﷺ وهو في الأصل مصدر وصف به على سبيل المبالغة ومحمد: اسم نبينا محمد ﷺ، منقول من الصفة، وهو وصف مبالغة تقول: هذا محمود وإن حمد مرة واحدة، ولا تقول: محمد إلا لمن حمدا كثيرا، وهذا لكثرة خصال الحمد فيه ﷺ وصحب: اسم جمع لصاحب، وهو من اجتمع مع النبي ﷺ، مؤمنا به، والتابعي: من تبع الصحابي للاقتداء به والأخذ بالصواب والطاعة: امتثال الأمر والنهي، وفي الصلاة على غير نبينا ﷺ الجواز، وعدمه، والجواز في الأنبياء لا غيره، والجواز في غير الأنبياء بحسب التبعية لا بحسب الاستقلال، وهو المختار.

ص وبعد فالتقصد بهذا الرجز نظم قواعد بلفظ موجز
مما انتمى إلى الإمام ابن أنس وصحبه وما لديهم من أسس
قررا مع نبذ مما عليها أومى لها فقط كي أختصرا

ش أي وبعد الحمد والتصلية وهو على تقدير أما وهي العاملة في الظرف لتضمنها معنى فعل الشرط، والرجز: أحد الأبحر، وهو مبني من مستفعلن ست مرات، وله خمسة أضرب، وهذا من الضرب الرابع، وهو المشطور، وبيته:

ما هـ ا ج أحزان ا ش ج و ا ق د ش ج ا

فهو من المشطور المزدوج والنظم لغة: الجمع واصطلاحاً: الكلام الموزون الذي قصد وزنه فارتبط لمعنى وقافية والقواعد: جمع قاعدة: وهي في اللغة: الأساس من القعود بمعنى الثبات، أو بمعنى مقابل القيام على سبيل المجاز.

وفي العرف هي: الأصل والضابط، والقانون: أمر كلي منطبق على جزئياته لتعرف أحكامها منه وهذه القواعد التي قصد المؤلف نوعان كما سنبينه بالقرب عند قوله: فصل والإيجاز: الاختصار، وهو أداء المعنى بأقل من عبارة المتعارف، أو تأدية المعنى بلفظ ناقص واف وانتمى: انتسب، والإمام: هو مالك بن أنس، وفضله وعلمه شهيران وليس يصح في الأذهان شيء إذا احتاج النهار إلى دليل ولد رحمه الله سنة ثلاث، أو أربع، أو خمس وتسعين من الهجرة وتوفي سنة تسع وسبعين ومائة وصحبه: علماء مذهبه، وما لديهم من أسس: أي ما عندهم من قواعد، والأسس بضم الهمزة والسين الأولى، جمع الأساس، أو فتحهما مقصور الأساس قاله الجوهري: وهذا مستغنى عنه بما قبله والنبذ: جمع نبذة وهي الطرف من الشيء، وعنى به الفروع وعليها: أن على القواعد، وهو يتعلق بقررا وأومى: أشير، ولها: للنبذ، وقط: اسم فعل

بمعنى اكتفى، أي اكتف بالإيماء عن التصريح، وهو بضم الطاء مخففة، ولا تسكن هنا وان كان السكون فيه أفصح لثلاثا ينكسر الوزن.

ص أفصله كما يليق بالفصول إذ هو أقرب لطالب الوصول

ش أي أفصل الرجز أو النظم، ويليق: يحسن الجوهرى: لاق به الثوب يليق ومن الحسن كون كل نوع على حدة الطهارة في فصل، والصلاة في آخر ونحو ذلك إذ هو أقرب لمن يطلب الوصول إلى شيء من هذا النظم، لكن قد تجر القاعدة مسائل من أنواع ولا يسلم أنه أقرب إلى الوصول إلا إذا عين الفصل بالإضافة كفصل الطهارة، وفصل الصلاة، وفصل الصوم ونحو ذلك. وفي نسخة بدل الشطر الأخير «في غالب ما لم يكن جمع الأصول» أي: أفصله بالفصول كما يليق في الغالب كفصل الطهارة، والصلاة، والزكاة ما لم تجمع الأصول فروعاً من أنواع فلا يفصل حتى يكملها فجمع مصدر مضاف إلى الفاعل وقوله: «في غالب» يحتمل أن يريد بغير الغالب ما أشار إليه بقوله «ما لم يكن جمع الأصول» أي في غالب الأمر بفرد النوع في الأصول، وذلك حيث لا يجزئ الأصل إلى فروع من أنواع، وغير الغالب حيث يجزئ إلى ذلك. ويحتمل أن يخرج به بعض الفصول مما أدخل فيه أبواباً لقلتها، وهذا هو ظاهر لفظه، ويؤيده، أيضاً، أنه قد يقع في بعض النسخ عوض الشطر الأخير: «إن عدم التضمن أو جمع الأصول» أي تضمين الأصل فروعاً من أنواع فلا يفصل حتى يكملها، أو كان اللائق جمع أبواب في فصل واحد لقلّة قواعدها.

ص وبعد أن يكمل إن شاء الإله أتبعه شرحاً مبيناً حلاه

ش الحلي جمع حلية، وهي الصفة، واستعارها للمعاني، وهذا وعد منه بالشرح وقد توفي رحمه الله قبل اكتماله، قاله ولده الفقيه العلامة شيخ شيوخنا أبو العباس أحمد وقد رأيت منه أوراقا بخط المؤلف أجاد فيها ما شاء، دلت على تحصيله، وتحقيقه، وليته أكمله.

فمن أراد كتبه منضردا فغير ممنوع له ما قصدا

ومن أراد أكمل الغايات لم يفصل الشرح عن الأبيات

تضمن هذان البيتان تخيير الكاتب والإذن له فيما أراد من الوجهين وبيان الأولى منهما والمعنى فمن أراد كتب هذا المنهج وحده فغير ممنوع له قصده، ومن أراد الأكمل لم يفصل الشرح عن المشروح.

سميت بالمنهج المنتخب إلى أصول عزيزت للمذهب

المنهج و المنهاج: الطريق الواضح المنتخب: المختار وعزيت: نسبت للمذهب أي مذهب مالك، والمذهب، اسم مكان للذهاب ثم استعير للعلم لأنه أفضل ما يذهب فيه وإليه.

والله ينفع به من حصله بحفظ أو فهم، وشيئا عن له

شيئا: معطوف على مفعول حصل، أي كأن يحتاج لمسئلة فيحصلها منه والتقدير: أو حصل منه شيئا عن له، أي عرض فالواو: بمعنى أو، والجملة خبرية لفظا طلبية معنى عدل إلى لفظ الخبر تفاقولا، أو حرصا على حصول مضمونها.

فمن أجاد مقولا سد الخلل والتمس المخرج لا أخطا بطل
إذ جاء شر الشر عن خير البشر من لا يقيل عشرة لمن عثر

أجاد: أحسن والمقول: اللسان والتمس: طلب والمخرج: الخروج أو مكانه والخطأ ضد الصواب والمعنى فمن أحسن من جهة لسانه سد الوهم الكائن في هذا الكتاب بالتلطف وحسن التأويل والتعبير، لا بقوله: أخطأ المؤلف أو بطل كذا، أو ما أشبه ذلك، لأنه جاء عن خير البشر ما معناه، ما ذكره المؤلف بزعمه، وجاء في الحديث الذي أشار إليه من طريق عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «ألا أخبركم بشراركم؟ من نزل وحده - وفي رواية - أكل وحده ومنع رفده، وجلد عبده - وفي رواية - وضرب ألا أخبركم بشر من ذلكم؟ من يبغض الناس و يبغضونه، ألا أخبركم بشر من ذلكم؟ من لا يقيل عشرة، ولا يقبل معذرة ألا أخبركم بشر من ذلكم؟ من لا يرجي خيره ولا يؤمن شره». وفي أخذ المؤلف منه ما ذكر نظر من وجهين: الأول: أنه ليس فيه ما يدل على أن من لا يقيل عشرة هو شر الشرار، وإنما جعله شرًا مما قبله فقط، بل دل الحديث على أن غيره شر منه، وهو من لا يرجي خيره ولا يؤمن شره، فلا يكون هو شر الشرار، وهذا ظاهر الثاني: أن الموصوف في الحديث بكونه شرًا مما قبله من الشرار هو الجامع بين هذين الوصفين، لا يقيل عشرة، ولا يقبل معذرة ولا يلزم من كون الجامع بينهما شرًا مما قبله أن يكون الموصوف بأحدهما كذلك وهذا ظاهر أيضا، ولهذا ونحوه منع جماعة نقل الحديث بالمعنى وإنما نسبت للمؤلف أنه أخذ ما في النظم من الحديث المذكور، لأنني رأيت كذلك بخطه وشر الشر على حذف المضاف: أي شر ذوي الشر، فشر الأول: أفعل تفضيل بحذف الهمزة وهو الأفصح فيه

والثاني: مصدر ويحتمل أن يكون الثاني أيضا للتفضيل، أي: أشر الجنس الأشر وقوله: «لا أخطأ بطل» معمول لمحذوف ويحذف العاطف، أي فمن أجاد مقولا سد الخلل والتمس المخرج لا قال أخطأ المؤلف، أو بطل كلامه أو هذا باطل ونحو ذلك.

فقلما ينجو الذي قد صنفا من هضوة أو عشرة من ألفا

هذا اعتذار عما قد يقع في الكتاب من الخلل والهفوة: الزلة والعثرة: السقطة والمصنف من جعل العلم أصنافا كرزمة الطهارة، والصلاة، والبيوع والمؤلف: من زاد عليه بمراعاة الألفة بين الكتب والمسائل، وبه تظهر رتبة المصنفين ويتميزون، ويفضل بعضهم بعضا، والأقرب من جهة المعنى أن تجعل «أو» عاطفة لمن ألف على من صنف عطف خاص على عام.

وعثرة مجرور بمن محذوفة متعلقة بألف، وإن كان غير مقيس، والتقدير فقل نجاة مصنف من هفوة، وقل نجاة مؤلف من عشرة، ويصح أن يكون عشرة معطوفا على هفوة، كما هو الظاهر من اللفظ، ومن ألف بدل بعض من قوله من صنفا إن استعمل التصنيف فيما هو أعم، كما هو حقيقته أو بدل أضراب، إن استعمله فيما هو مباين للتأليف، وكأنه يقول: بل قلما ينجو من ألف الذي له شقوق ومزية على من صنف، وكثيرا ما هاب الناس التأليف حتى قيل: من ألف فقد استقذف أي جعل نفسه هدفا، أي غرضا وإشارة لمن يرميه بعيب، وطلب أن يقذف أي يرمي بقول:

والله ربنا يقي من الخطل
بجاه من عصمه من الزلل
المجتبي من خير أصناف الأمم
بحبوحة العلم وينبوع الحكم

يقي: يحفظ والخطل: الخطأ، يقال خطل في كلامه خطلا وأخطل: أخطأ
والجاه: المنزلة عند السلطان، والعصمة لغة: المنع واصطلاحاً: صفة توجب
الحكم بامتناع عصيان موصوفها والزلل: الخطأ والمجتبي: المختار والأصناف:
الأنواع والأمم: جمع أمة وهي هنا جماعة الناس والحبوحة: وسط المحلة
وهي معظمها والعلم: الاعتقاد الجازم المطابق لموجب والينبوع: العين والحكم:
جمع حكمة واختلف في تفسير الحكمة في قوله تعالى: «يؤتي الحكمة من
يشاء» فقيل: هي الإصابة في القول والفعل، وقيل: هي معرفة الأشياء كما
هي بقدر الطاقة بشرية، وقيل: المراد علم الشرائع والأحكام وقيل: كل كلام
وافق الحق، وقيل غير ذلك والمعنى: والله سبحانه يقي المؤلف والقارئ من
الخطأ بجاه سيدنا محمد المعصوم من الزلل المختار من خير أصناف الأمم،
وسط المحلة للعلم وعين الحكم، روى عن رسول الله ﷺ أنه قال: «توسلوا
بجاهي فإن جاهي عند الله عظيم» وروى عنه ﷺ أنه قال: «إن الله اصطفى من
ولد إبراهيم إسماعيل، واصطفى من ولد إسماعيل بني كنانة، واصطفى من
بني كنانة قريشا، واصطفى من قريش بني هاشم، واصطفاني من بني هاشم.
وروى عنه ﷺ أنه قال: «أنا مدينة العلم وعلي بابها» وروى عنه ﷺ أنه قال:
«أوتيت جوامع الكلم» فرد كل حديث إلى ما يليق به على التوالي والجملة
خبرية لفظاً دعائية معنى، عدل إلى لفظ الخبر تفاقولا، أو حرصاً على القبول.

وها أنا أشرع في المقصود بعون ذي الطول عظيم الجود

ها: حرف تنبيه، والعون: خلق القدرة على الفعل، والطول الإحسان،
والجود الكرم.

فصل

أي فصل الطهارة وذلك لأن أكثر مسائل هذا الفصل في الطهارة وقد ذكر فيه ما هو من غيرها لدخوله تحت القاعدة، فلا بد من ذكره مع قاعدته وإلا طال الكلام وكثر التكرار، وكذا في سائر الفصول وقد مر التنبيه على هذا في قوله: «أفصله كما يليق بالفصول» - البيت - تنبيهان: الأول القواعد على قسمين: الأول: ما هي أصول لأمهاات مسائل الخلاف والثاني من القسمين ما هو أصول المسائل، فيقصد بقواعده ذكر النظائر فقط لا مع الإشارة إلى خلاف وبدأ المؤلف بالأول إلى الفصل الذي صدره إعطاء ما وجد حكم ما عدم البيت - ثنى بالثاني، وهذا في غالبهما، والقسم الأول هو مراد الإمام العلامة وحيد عصره أبي عبد الله المقري في قواعده الجليلة القدر العظيمة الخطر بقوله: «قصدت إلى تمهيد ألف قاعدة ومائتي قاعدة هي الاصول القريبة لأمهاات مسائل الخلاف المبتدلة والقريبة» قال: ونعني بالقاعدة كل كلي هو أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة، وأعم من العقود، وجملة الضوابط الفقهية الخاصة يعني لا يقصد القواعد الأصولية العامة، ككون الكتاب، أو السنة، أو الإجماع، أو القياس حجة، وكحجية المفهوم، والعموم وخبر الواحد، وكون الأمر للوجوب والنهي للتحريم ونحو ذلك ولا القواعد الفقهية الخاصة كقولنا: كل ماء لم يتغير أحد أوصافه طهور وكل طير مباح الأكل وكل عبادة بنية ونحو ذلك وإنما المراد ما توسط بين هذين مما هو أصل لأمهاات مسائل الخلاف فهو أخص من الأول، وأعم من الثاني قلت: هذا هو الغالب من فعله، وإلا فقد ذكر أيضا قواعد أصولية، وقواعد فقهية تكميلا للفائدة، ولذا قال في آخر قواعده: قد أتيت على ما قصدت زائدا على ما

شرطت تكميلاً لما أردت التنبيه الثاني: « هل » حرف وضع لطلب التصديق لا التصور، وإنما يدخل على الكلام الموجب ويجاب بنعم أو لا، وقد يحذف جوابه، وكثيراً ما حذف في هذا الرجز اختصاراً للصلاحيّة كل منها.

هل غالب أو ما بشرع قد عدم أو ضده كما بتحقيق علم
كالسور، والصيد، وكالوطء رعا ف تيمم وكامام واصطراف

ش اشتمل كلامه على ثلاث قواعد: الأولى: هل الغالب كالمحقق أم لا الثانية: هل المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً أم لا؟ الثالثة: هل الموجود شرعاً كالموجود حقيقة وحساً أم لا أشار إلى الأولى بقوله: «هل غالب» وإلى الثانية بقوله: «أو ما بشرع قد علم» وإلى الثالثة بقوله: «وضده» وقوله: «كما بتحقيق علم» راجع إلى الثلاث أي: هل الغالب كالمحقق أم لا؟ وهل المعدوم شرعاً كالمعدوم تحقيقاً وحساً أم لا؟ وهل الموجود شرعاً كالموجود حساً وتحقيقاً أم لا؟ وهذا لأن المعنى: كالذي علم بتحقيق الوجود، أو العدم فغالب: مبتدأ، وخبره كما قوله: «كالسور والصيد» مثالان للقاعدة الأولى، أي سور ما عاداته استعمال النجاسة إذا لم تر النجاسة في أفواهها، ولم يعسر الاحتراز منها كالطير والسباع، والدجاج، والأوز المحلاة هل ينجس ماء كان أو طعاماً، فيراقان حملاً على الغالب أم لا تغليباً للأصل ثالثها المشهور يراق الماء دون الطعام لاستجازه طرح الماء وسور الكافر وما أدخل يده فيه وسور شارب الخمر وشبهه مثله وأما الصيد فإشارة إلى مسألة من أدرك الصيد منقوض المقاتل وظن أنه المقصود ومسألة من أرسل الجرح وليس في يده ومسألة ما إذا اشترك فيه معلم مع غير معلم أو كلب مسلم مع كلب مجوسي وظن أن المعلم

أو كلب المسلم القاتل وفي كل منهما؟ قولان: ولو شك ولو يغلب الظن لم يؤكل اتفاقا ومما ينبني أيضا على هذه القاعدة، لباس الكافر وغير المصلي هل يحمل على الطهارة أو النجاسة ومن علق الطلاق بالحيض والحمل في التنجيز والتأخير قال القاضي: أبو عبد الله المقري: قاعدة: المشهور من مذهب مالك أن الغالب مساو للمحقق في الحكم، وقد تطف ابن شاس وابن الحاجب في التنبيه على ذلك بأن وضع الخلاف الذي في سؤره ما عاداته استعمال النجاسة في القسم الثالث من المياه ومنه من أرسل الجرح وليس في يده، ومن أدرك الصيد منقود المقاتل وظن أنه المقصود، ومن علق الطلاق بالحيض والحمل في التنجيز والتأخير قوله: «وكالوطء رعا ف تيمم» هذه أمثلة للقاعدة الثانية، والكاف تشعر بذلك كما تقتضي عدم الحصر فيما ذكره، وحذف العاطف من «رعا ف تيمم» للضرورة وهو كثير في هذا الرجز الأول: إذا حلف ليطأها فوطئها حائضا أو صائما هل يبر بذلك أم لا؟ قولان وذلك أن الوطء في الحيض أو الصوم حرام فهو معدوم شرعا، فإن نزل منزلة المعدوم حسا لم يبر، وإلا بر، ولا يحلل وطء الحائض ولا يحصن ولا يوجب رجعة ولا يكون فيئة خلافا لعبد الملك وهذا كله داخل تحت الوطء في كلام المؤلف الثاني: إذا تجاوز الرعا ف الأنامل العليا هل يعتبر في الزائد قدر الدرهم أو أكثر أو لا؟ وذلك أن من رعا ف في الصلاة وعلم دوام الرعا ف إلى آخر الوقت المعلوم بل المختار فإنه يتم الصلاة كذلك، فإن شك في دوامه فتله ومضى على صلاته إن كان قليلا بحيث لا يزيد على الأنامل العليا ما لا يعفي عنه من الدم فإنه لا يتمادى على صلاته كذلك، ولكن يقطع، إن تلطخ به، وإن لم يتلطخ جاز أن يقطع أو يخرج لغسل الدم، ثم يبني، وإن زاد على الأنامل العليا اليسير

من الدم وهو ما يعفى عنه ذلك قدر الدرهم على قول، أو دونه على قول آخر فهل يعتبر في عدم التماذي كالكثير أو لا يعتبر لكونه معدوما شرعا، فيمضي على صلاته كذلك، كما لو لم يزد قولان بناء على القاعدة المذكورة الثالث: إذا فقد الحاضر الماء وقلنا ليس هو من أهل التيمم قال التونسي: يجري على حكم من لم يجد ماء ولا ترابا وهذا على أن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا وعلى الآخر لا يصلي حتى يتطهر بالماء ومما يبنى أيضا على هذه القاعدة وهو داخل تحت الكاف لو حلف ليتزوجن فتزوج تزويجا فاسدا أو ليبيعن العبد أو الأمة فباعهما بيعا فاسدا، أو ألفت حاملا أو حلف ليأكلن هذا الطعام ففسد ثم أكله أو حلف على فعل معصية من قتل أو شرب ثم تجرأ وفعله وإذا جار في القسم فلا يحاسب ويبتدئ واستقرأ اللخمي خلافه وعليه عدم انتقال ضمان المشتري فاسدا إلى المشتري ولو فات المبيع بيده كوديعة عنده وإذا قتل محرم صيدا فهو ميتة خلافا للشافعي قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: المشهور من مذهب مالك أن المغروم شرعا كالمعدوم حسا حقيقة، قال ابن رشد: إذا تجاوز الرعاف الأنامل العليا اعتبر في الزائد قدر الدرهم أو أكثر على القولين، ونحوه لابن يونس قال التونسي: إذا فقد الحاضر الماء وقلنا ليس من أهل التيمم جرى على حكم من لم يجد ماء ولا ترابا.

وإذا قتل المحرم الصيد فهو ميتة خلافا للشافعي وإذا جار في القسم فلا يحاسب ويتسامح واستقرأ اللخمي خلافه ولا يحلل وطء الحائض ولا يحصن، خلافا لابن الماجشون تنبيه: لم يجعلوا من فروع هذه القاعدة حل يمين المكره بالإكراء الذي لا حنث به كمن حلف لا يفعل كذا فأكره عليه ففعله بعده مختارا حنث لعدم حنثه أو لا والجارى على القاعدة الخلاف

قوله: «وكإمام واصطراف» هما مثالان للقاعدة الثالثة، وتشعر به الكاف كما مر الأول: إذا صلى الإمام الراتب وحده هل لا يعيد ولا يجمع في مسجده لتلك الصلاة، لوجود الجماعة في تقدير الشرع أم لا؟ لعدمها حسا وقد ذكر صاحب الكاف في الجمع بعده قولين وذكر أن أبا الفضل راشدا قال في الإمام الراتب يجمع ليلة المطر وحده: وقيده بعضهم بوجود المشقة في عوده، وعدم إتيان أحد وقت العشاء، الثاني: صرف ما في الذمة هل يصح، لأنه موجود حكما أم لا؟ لعدم حضور النقدين أو أحدهما حسا وثالثها: المشهور أن حل أو كان حالا جاز، قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: الموجود شرعا كالموجود حقيقة، فمن ثم قال المالكية إذا صلى الإمام الراتب وحده لا يعيد ولا يجمع في مسجده لتلك الصلاة وقال أيضا: قاعدة: اختلفت المالكية في الموجود حكما هل هو كالموجود حقيقة أولا؟ كصرف ما في الذمة ثالثها المشهور إن حل أو كان حالا جاز.

ص وهل يؤثر انقلاب كعرق ولبن بول وتفصل أحق

ش أي انقلاب أعراض النجاسة هل له تأثير في الأحكام أم لا؟ وعليه لبن الجلالة وعرقها، وبولها ولحمها وبيضها، وعرق السكران، ولبن المرأة الشاربة والزرع والبقول يسقى بماء نجس وعسل النحلة الأكلة للعسل المتنجس وقطرة الحمام والخمر إذا تخلل أو تحجر ورماد الميتة والمزبلة وهي كثيرة جدا قوله: وتفصيل أحق أي التفصيل بين ما استحال إلى صلاح فهو طاهر كاللبن والبيض والعسل، وما استحال إلى فساد نجس، كالروث والبول هو أحق أي أولى.

وهو قول يحيى بن عمر وذكر صاحب التوضيح في لبن الجلالة وبيضها، والمرأة الشاربة وعرق السكران وشبهه كالنصراني: ان الذي اختاره المحققون، كعبد الحق والمازري وابن يونس وغيرهم الطهارة.

ابن رشد: وهو قول ابن القاسم في اللبن.

خليل: والخلاف في عرق السكران في حاله سكره أو صحوه قريبا، وأما لو طال العهد بالسكر فلا خلاف في طهارة عرقه.

وحكى المازري: أن رماد الميتة، والعذرة وما في معنى ذلك لا يطهر عند الجمهور من الأئمة بخلاف الخمر، لأن النجاسة معللة بمعنى وهي الشدة المطربة فإذا ذهب التحريم.

قال: وقد تنازع الناس في دخان النجاسة إذا احترقت، هل هو نجس كرمادها أو طاهر لأنه بخار بخلاف الرماد صح من التوضيح وفي بعض نسخ هذا النظم ولبن بول وزرع وذرق يريد الزرع والخضرة التي تسقى بالماء النجس، والذرق بالذال المعجمة وهو هنا حرؤ الطائر الذي يأكل النجاسة من ذرق إذا رمى ما في بطنه، ودخل تحت الكاف قطرة الحمام، ورماد الميتة وغير ذلك ابن رشد: والخلاف جار في كل نجاسة تغيرت أعراضها.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: استحالة الفاسد إلى فساد لا تنقل حكمه وإلى صلاح تنقل، بخلاف يقوي ويضعف، بحسب كثرة الاستحالة، وقتلتها، وبعد الحال عن الأصل، وقربه، وإلى ما ليس بصلاح ولا فساد قولان وهذا كله للمالكية انتهى.

تنبيهان: الأول: يعبر بعض الشيوخ عن هذه القاعدة بقوله: انقلاب الأعيان هل له تأثير في الأحكام أم لا؟ قيل: وليس يبين، لأن الأعيان لا تنقلب وإنما تنقلب الأعراض، كما عبر عنها ابن بشير وابن شاسي، وابن الحاجب، على ما في بعض النسخ، والقرافي وكلام الناظم بريء من هذا الاعتراض، الثاني: يستثنى من هذه القاعدة المسك، فقد أجمعوا على طهارته حكاها الباجي.

المقري: قاعدة: أصل النجاسة الاستقذار فما خرج إلى ضد ذلك منها فقد خرج بالكلية عنها كالمسك فإنه خارج، والعنبر، عند من يرى نجاسته و الأرواث مطلقا كالشافعية.

ص	هل ينضي علة يزول	حكم كسقم ناكح يحول
	ونجس و أسسوا أيضا لما	ظاهره حق و عكس علما
	عليه مصرف ضمان واضطرار	ومن لغير حجره والاختيار
	بذا زواله وموصي أو فقد	وشفعة عيب ركوب أو شهد
	كبيع قاض شئ غائب بحق	ثم أتى وقد نضى من يستحق

ش اشتمل كلامه في هذه الأبيات على قاعدتين: الأولى: العلة إذا زالت هل يزول الحكم بزوالها أم لا؟ الثانية: الحكم بما ظاهره الصواب والحق، وباطنه خطأ وباطل، هل يغلب حكم الظاهر على حكم الباطن فتنفذ الأحكام، أو يغلب حكم الباطن على حكم الظاهر فترد الأحكام، وعلى الأولى الخلاف في ماء نجس زال تغييره بغير زيادة ماء مطلق وفي مضي النكاح في المرض إذا صح المريض قبل الفسخ.

أبو عمرو بن الحاجب: ولو زال تغير النجاسة فقولان، بخلاف البئر يزول بالنزح.

وقال في النكاح: فلو صح المريض منهما قبل الفسخ مضى ورجع إليه، وقال صح الفسخ بناء على أن فساده لحق الورثة أو لعقده.

قلت: وكلام ابن الحاجب في المريض مخالف لكلام المؤلف في مبنى الخلاف، فتأمله وعليها أيضا: الخلاف في سقوط الغرم عن ضامن الوجه إذا أحضر مضمونه بعد الحكم وقبل الغرم وإباحة الشبع أو الاقتصار على سد الرمق في المضطر للميتة والمحجور عليه لأجل غيره، وهم العبد، والمفلس، والزوجة والمريض، يتصرفون في حال الحجر فلا يطلع عليهم إلا بعد زوال الحجر، هل يمضي تصرفهم أم لا؟ كالمرضى بتل في مرضه تبرعاً ثم صح.

والزوجة تبرعت بأكثر من الثلث ولم يعلم الزوج حتى تأيمت، والعبد نكح بغير إذن سيده ولم يعلم السيد حتى عتق العبد والمختار في هذا النوع الإمضاء، كما أشار إليه المؤلف ومما ينبني على هذه القاعدة، من وجبت له شفعة فباع حصته التي يستشفع بها هل له شفعة أم لا؟ وزوال العيب قبل الرد، كموت الزوجة أو طلاقها في العبد لا يعلم مشتره بنكاحه هل يمنع من الرد أم لا وركوب الهدى للعاجز عن المشي ثم يستريح هل ينزل عنه أم لا؟ وإلى هذه الفروع الثلاثة أشار المؤلف بقوله: «وشفعة عيب ركوب».

ومما ينبني عليها أيضا: الخلاف في اختيار الأمة، تعتق تحت العبد، إذا عتق العبد قبل أن تختار وإذا طلق على الزوج بجنون أو جذام أو برص ثم

برئ في العدة، وإذا شرط لزوجته إن غاب عنها أزيد من ستة أشهر فأمرها بيدها، فغاب ثمانية أشهر فلم تقض حتى قدم، قال في إيضاح المسالك: تنبيه: لم يختلفوا، إذا زال العيب قبل الرد أن لا رد، كما لم يختلفوا إذا بطلت رائحة الطيب أنه لا يباح بعد الإحرام، لأن حكم المنع قد ثبت فيه، والأصل استصحابه، وليس من هذا الأصل نكاح المحرم، والموافق لنداء الجمعة لأن المنع فيهما لنفس الإحرام والوقت لا لأمر بان عدمه وانظر إذا تحمل الأب الصداق عن ابنه في مرضه وفرعنا على أحد قولي مالك بفساد النكاح ثم صح الأب هل يجري فيه من الخلاف ما في نكاح المريض إذا صح أم لا؟ في ذلك نظر واضطراب انتهى.

قلت: ما ذكر من الاتفاق على عدم الرد في زوال العيب قبل الرد، هو في غير محتمل العود وماله علقه كذهاب بياض عين، وموت ولد ونحو ذلك، لا محتمل العود، كانقطاع البول في الفراش ولم يمضي عليه كثير السنين، فله الرد اتفاقا وفي زواله بموت الزوجة وطلاقها ثالثها بالموت فقط.

وكذا اختلف في العبد عليه دين أراد المبتاع رده، فقال البائع أنا أوديه، أو وهبه رب الدين له، وقول ابن القاسم لا رد له، فيتحصل من هذا أن من زوال العيب ما اتفق عليه على عدم الرد ومنه ما اتفق عليه على الرد ومنه ما اختلف فيه.

وأما القاعدة الثانية: فيجري عليها ما ذكره في استحقاق المدونة فيمن أوصى بحج أو غيره، فأنفذت وصيته ثم استحق برق، ومن فقد فشهد بموته فبيع ماله وتزوجت زوجته ثم قدم حيا هل يمضي ذلك في المسألتين أم لا؟ أو

حكم بشهادة من اعتمد أنه عدل ثم ثبت بعد الحكم أنه كان مستجرحا، هل ينقض الحكم أم لا؟ وإذا باع القاضي سلع رجل غائب في دين قضاء لمن أثبت الدين على الغائب ثم أتى الغائب فأثبت أنه قد قضى الدين، هل يأخذ سلعه بغير ثمن أو بثمان وهو الصحيح أو لا يأخذها البتة؟ والخلاف في إجزاء الزكاة إذا أخطأ في مصرفها بعد الإجتهد وتعذر استرجاعها، كدفعها لغني أو عبد أو كافر وإليه أشار المؤلف بقوله: «كمصرف».

ابن الحاجب: ولو ظهر أن في أخذها غير مستحق بعد الاجتهاد، وتعذر استرجاعها فقولان، كالكفارة، وقيد الشيوخ الخلاف في مسألة الزكاة بما إذا كان دفعها لهم ربها، وأما إذا كان المتولى دفعها لكل واحد من هؤلاء الإمام فإنها تجزي، ولا غرم عليه، ولا على ربها لأنها محل اجتهاد، واجتهاده ماض نافذ ثم هذه القاعدة راجعة إلى قولنا هل الواجب الاجتهاد أو الإصابة، وستأتي.

قوله: «وهل بنفي علة - إلى قوله - وأسسوا» أي هل يزول حكم بزوال علته أولا؟ كناقح في المرض يذهب مرضه، وماء نجس زال تغيره بغير زيادة ماء مطلق.

ومعنى يحول، يزول سقمه قبل الفسخ، وفي نسخة يؤل بالهمزة بدل الحاء أي يرجع المريض لصحته قبل الفسخ أو يؤل سقمه إلى البرء قبل الفسخ.

قوله: «وأسسوا أيضا بما ظاهره حق» - البيت -، أي وأسس المالكية تأسيسا آخر بهذه القاعدة، وهي ما ظاهره حق فعلم عكسه، وهو بطلان الباطن، هل يغلب الظاهر أو الباطن أي: جعلوه أساسا ومبنى لمسائل، والمراد بالعكس هنا المقابل، ومقابل قولنا ظاهره حق باطنه باطل.

قوله: «عليه مصرف» - إلخ - أي يبني على المذكور، وهما الأصلان السابقان بمعنى أن بعض هذه الأمثلة تنبني على أحد الأصلين، وبعضها على الآخر، ومن البين أن مسائل الصرف والموصى، والمفقود، والشاهد، وبيع القاضي مال الغائب، هي من فروع القاعدة الثانية، وما سوى ذلك هو من فروع الأولى، وتأمل لم خلط الناظم مسائل القاعدتين، وقد يقال: لما كانت مسائل القاعدة - الثانية - يمكن أن يقال فيها، إنها فعلت لعل، ثم تبين ذهاب تلك العلة، فتدخل في قاعدة العلة إذا زالت هل يزول الحكم بزوالها، نظمها في سلك واحد، ليتأملها المتأمل والباء من قوله: «بذا ظرفية»، والإشارة إلى قوله: «ومن لغير حجره» أي والإختيار بهذا القريب زوال الحكم بالرد لزوال علقته، وهو الحجر، وهو الراجح المشهور في الزوجة تبرع، ثم تتأيم أو تموت، وفي العبد ينكح ثم يبيعه أو يعتقه.

قلت: وظاهره عموم الخلاف في أفراد المحجور لحق غيره، وليس كذلك فقد ذكر في المقدمات: أنه لا يعلم نص خلاف في مضي تبرع العبد إذا عتق، قاله في كتاب المأذون منها، في العبد يهب أو يعتق ولم يعلم السيد ذلك، أو علم ولم يقض فيه برد ولا إجازة حتى عتق العبد، والمال بيده فإن ذلك لازم له، ولم أر أيضا خلافا في مضي تبرع المديان، والمريض إذا زالت علة الرد، فمحل الخلاف إذن إنما هو الزوجة تبرع بما زاد على الثلث ولا يعلم الزوج حتى تتأيم أو تموت، والعبد يتزوج بغير إذن سيده ولم يعلم السيد حتى باعه أو أعتقه فهل يكون للبائع الفسخ وهو في يد المشتري، وللعبد في العتق قولان، ولم يتفق على المضي في التأيم كما زعم ابن الحاجب وعلى هذين الفرعين

اقتصر صاحب ايضاح المسالك، وقد اختلف في فعل الزوجة هل هو على الجواز حتى يرده الزوج أو على الرد حتى يجيزه الزوج، والأول هو المعلوم من قول مالك وأصحابه.

قوله: «وقد نفى من يستحق» ضمير نفى عائد على القادم، أي وقد منع ذلك القادم من يستحق الذي هو المشتري أي منع المشتري من مشتراه، أو نفى استحقاق المشتري لمشتراه، أو يعنى، بمن يستحق مثبت الدين على الغائب ونفيه بإثبات أنه كان قضاء الدين، وهذا الاحتمال أقرب والله تعالى أعلم.

وهل لعين ذو اختلاط ينقل مغلوبه.....

أي هل ينقل المخالط المغلوب لعين الذي خالطه أم لا ؟ بمعنى أن المخالط المغلوب «هل تنقلب عينه إلى عين ما خالطه أو لا تنقلب وإنما خفى عن الحس فقط»، عليه الخلاف في مخالطة النجاسة لقليل الماء أو لكثير الطعام المائع.

وبالأول قال أبو حنيفة، وبالثاني قال الشافعي، وعليه الخلاف أيضا في اللبن المخلوط بغيره، إذا كان اللبن مغلوبا، ومذهب ابن القاسم وأبي حنيفة لغوه، وعدم انتشار الحرمة به، ومذهب أشهب والشافعي اعتباره، ونشر الحرمة به وعليه أيضا: مسألة الحنث بالسمن المستهلك لا الخل.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: استهلاك العين يسقط اعتبار الأجزاء عند مالك والنعمان فلا يحرم اللبن المستهلك في الماء، وقال محمد وعبد الملك لا يسقط فيحرم، وقال أيضا: قاعدة: المخلوط المغلوب، قال مالك، والنعمان، تنقلب عينه إلى عين الذي خالطه، وقال محمد: يخفى

عن الحس ولا ينقلب، وعليه الخلاف في مخالطة النجاسة لقليل الماء أو كثير الطعام المائع والحق أنه يخفيه ولا ينقله وأنه لا يحرم لعدم التغذية واختلاف مذهب مالك في الفرعين لاعتبار طهورية الماء ولخرج في الطعام مع قوة الخلاف انتهى.

قوله: «وهل لعين ذو اختلاط» لعين يتعلق بينقل مبنيا للمعلوم «وذوا اختلاط» ينقل مغلوبه لعين، أي: ذو الاختلاط هل ينقل مغلوبه، أي مغلوب الاختلاط لعين أي لعين ما خالطه وغلب عليه أم لا؟ ويصح أن يكون بإضافة عين إلى ذي وبناء ينقل للمجهول وضبطه أيضا المؤلف كذلك، أي هل ينقل مغلوب ذي الاختلاط إلى عين ذي الاختلاط وهو المخالط الغالب إذ لا ينقل الشيء إلى نفسه، أو يعود ضمير مغلوبه إلى المخالط المدلول عليه باختلاط من إضافة الصفة إلى الموصوف، أي هل ينقل المخالط المغلوب لعين الذي خالطه أم لا؟.

ص هل ذو فساد ينقل
شبهة ملك إن عليه أجمعا وبعضهم إطلاقه قد سمعا

ش أي هل ينقل بيع ذو فساد شبهة ملك، أن أجمع عليه أم لا؟ وبعض العلماء كالإمام ابن عرفة أطلق في البيع الفاسد ولم يقيده بالمجمع على فساده وعلى هذا الخلاف، الفوت بالتغيير وذهاب العين وعدمه.

ابن القاسم: يفوت سحنون: لا يفوت، ابن مسلمة: الفسخ بعد الفوت استحسان وعلى عدم الفوت فالقيمة مع ذهاب العين من باب الغرامات،

ويكون البائع مخيرا إذا تغير تغيرا خرج به عن المقصود، بين أن يأخذه كذلك أو يغرمه فيكون من باب الغرامات أيضا وكلام الناظم يشعر بالإتفاق على عدم نقل الفاسد حقيقة الملك.

قال ابن عرفة: البيع الفاسد لا ينقل حقيقة الملك بعقده لقوله في الهبة عتق العبد من بئعه يعد بيعا فاسدا قبل فوته لازم، ومقتضى قول المازري عن أشهب لغو عتقه، نقله حقيقته، وحصل في نقله شبهة الملك أربعة أقوال ثالثها في المختلف فيه وقد عرفت الفصل المخالف للشرع دون المجمع عليه، ورابعها: ينقل حقيقة الملك.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: البيع المجمع على فساده هل ينقل شبهة الملك لقصد المتبايعين أم لا؟ لكونه على خلاف الشرع؟ اختلفوا فيه وعليه الخلاف هل يفوت بالتغير وفوات العين أم لا؟ ومنهم، من يحكي هذا الخلاف في البيع الفاسد مطلقا، ولا يصح في بعض المختلف فيه، وقد عرفت أن القصد المخالف للشرع هل يصح اعتباره بوجه ما، أو يجب إلغاؤه مطلقا قولان؟ وهي قاعدة أخرى انتهى.

وهذه القاعدة أجنبية من هذا الفصل ولعله ذكرها هنا لاشتراكها مع ما قبلها في مطلق النقل وضمير عليه يعود على فساد، وضمير إطلاقه يعود على الخلاف المفهوم من الكلام وسمع بمعنى قبل.

هل حكم ما حاذى أم المبدأ لما
بغيره اتصل كالملاح بما
والسن والظفر ومسح ما بطن
من أذن وميتة الذي قطن

بالبر من ذي الحجر لحيية شعر وعقد علت و أغصان الشجر

أي الشيء إذا اتصل بغيره هل يعطى له حكم مباديه أو حكم محاذيه؟
وتقدير كلام الناظم هل حكم ما حاذى ثابت لما اتصل بغيره، أو حكم المبدأ
ثابت له، عليه الخلاف في طهورية الماء يذوب فيه الملح فمن راعى المبدأ جعله
كالتراب لأنه أصله، ومن راعى ما حاذاه جعله كالطعام فينقله إذا غيره
لاستعماله في الطعام، وإلحاقه بالربويات، ونجاسة أعلى القرن والسن والظلف
والظفر، وناب الفيل وفي باطن الأذن ما هو على القول بوجوب مسح الظاهر
لأنها في أصلها كالوردة، ونجاسة ما تطول حياته في البر من البحري والصحيح
الطهارة، نظرا إلى أصله وثالثها: ما مات في الماء طاهر وإلا فلا.

ووجوب غسل ما طال من اللحية والأظفار، ومسح ما طال من شعر الرأس
وشجرة الحرم يصاد ما على غصنها الذي في الحل وفي عكسه يجب الجزاء
باتقان وأما مسألة العقدة وهي: الغدة.

فقال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: المتصل بثابت الحكم منه، ثالثها
إن لم يكن عن سبب غريب لحق به، فيجب غسل ما طال من اللحية والرأس،
ونجس أعلى القرن والسن، ولا تؤكل العقدة على اللحم انتهى.

ومنه حال من ضمير المتصل، أي: حال كونه بعضا من ثابت الحكم المتصل
هو ابن عرفة: ابن حبيب روى استثقال أكل عشرة دون تحريم: الطحال
والعروق والغدة والمرارة والعسيب و الإنثيان والكليتان والحشا والمثانة وأذنا
القلب وصوب الشيخ جواب عبد الله بن ابراهيم بن الأبياني بأكل خصى

الخصى.

قلت: هو ظاهر قول ثالث سلمهما حكم القلب، والرية، والطحال والكلا، والخصى كاللحم.

وتعليل الشيخ ذلك بقوله: «هو كالغدة الغذاء يصل إليها، ولم تبني على البدن، ظاهر في أكل المشيمة وفي حل أكلها».

ثالثها: إن حل أكل الولد بذكاة أمة وتم خلقه ونبت شعره، لقول ابن رشد في سماع موسى من كتاب الصلاة: السلا وعاء الولد هو كلحم الناقة المذكاة وجواب الصنع وبعض شيوخ شيوخنا البرزلي: هو ابن جماعة وإليه مال ابن عرفة، والصواب الجواز، لأنه جزء من أجزائها وهو ظاهر المدونة، والمثانة بشاء معجمة الجوهري: موضع البول.

والغدة: خلاصة المحكم: كل عقدة في جسد الإنسان أطاف بها شحم. المشارق: هي شحمة تنبت بين الجلد واللحم للبعير وغيره.

وقال القرافي أيضا «قاعدة» إذا اختلف الحكم بالمنبت والمحاذات، فقد اختلف المالكية بماذا يعتبر كغسل ما طال من اللحية ومسح ما طال من شعر الرأس، وكالشجرة في الحرم يصاد ما على غصنها الذي في الحل ما لم يثبت حرمة المحل كالعكس فيتفقون.

وقال أيضا: قاعدة: إذا اختلف حكم الشيء بالنظر إلى أصله وحاله فقد اختلف المالكية بماذا يعتبر منهما، كميتة ما تطول حياته في البر من البحري،

والمالح يذوب في الماء.

ومنه القولان في أطراف القرون، والأظفار وفي باطن الأذنين لأنهما في أصلهما كالوردة، وأما العينان فإنهما حفظ أصلهما لعدم ارتفاعه، فلم يعارض بحال لازمة مع توقع الضرر بغسل باطنهما، ومنه القولان فيما انقلبت أعراضه من النجاسة إلى صورة ما هو طاهر، وقيل إن ترجحت الحال بفائدة كأن ينتقل إلى صلاح كالبيض واللبن أو بموافقة صورة الأصل كتغير النجاسة يزول من الماء قدمت الحالة وإلا فلا، قال أيضا: قاعدة: إذا تقابل حكم المبدأ والمنتهى فقد اختلف المالكية في المقدم منهما، كمن رمى، أو أرسل من الحرم فأصاب في الحل ما لم يتعد كالعكس أو يقدر وقد تقدم مثلها انتهى.

والتقدير اشارة إلى مسألة العينين في القاعدة قبل، وقال: قاعدة: إذا اختلف حكم الشيء بالنظر إلى أصله ومثاله، فقد اختلف المالكية بم يعتبر منهما في باب العبادات كالبيض، قيل فيه حكومة، وقيل عشر الجزاء، وقيل فيه ما في الفرخ فقامت من هاهنا قاعدة وهي: إذا كان للشيء مألان مختلفا الحكم فهل يعتبر بأولهما، أو بأخرهما؟.

ومن الأولى مسألة كتاب الصرف من المدونة، وهي: الخلاف في اقتضاء السمراء من المحمولة قبل الأجل لأن المحمولة تغلو عند الأجل لرغبة الناس في زراعتها.

قوله: «حاذى» هو بمعجم الذال، حاذاه ازاه.

الجوهري: صار بحذائه صح من الصحاح ومحاذيه بضم الميم اسم فاعل حاذى، ومباده بفتح الميم، جمع مبدأ خففت همزته بإبدالها ياء.

قوله: «كالمح بالماء» أي كالمح كائنا أو ذائبا في ماء هل يسلبه الطهورية أم لا؟ فحرف الجر مع مجروره حال يتعلق بكون عام أو خاص.

قوله: «والسن و الظفر» هو على تقدير مضاف أي: وأعلى السن و الظفر، أو يقدر ظرف.

قوله: «قطن» أي أقام، والقطن الإقامة.

قوله: «لحية شعر» أي غسل ما طال من اللحية، ومسح ما طال من شعر الرأس، وفي معنى ذلك غسل ما طال من الأظفار، وقد يندرج تحت قول المؤلف والظفر لا طلاقة فيه أي و الظفر باعتبار نجاسة طرفه، ووجوب غسل ما طال منه.

قوله: «وأغصان الشجر» أي الشجرة التي بالحرم وأغصانها منبسطة في الحل.

هل طاري النسيان كأصلي

ش النسيان الطاري، هل هو كأصلي أم لا؟، وعليه لو رأى نجاسة في الصلاة ثم نسيها وإذا ذكر الموالاتة ثم نسيها، ومن أمر أن يعيد في الوقت فنسى بعد أن ذكر.

هل باطن في الحكم كالجلي

أي حكم الحاكم هل يتناول الظاهر و الباطن أم لا يتناول إلا الظاهر فقط ؟
وهو الصحيح لأنه لا يحل حراما .

وعليه إذا قضى للمطلقة بالنفقة لظن الحمل ثم تبين أن لا حمل ففي نقض القضاء ثم يرجع عليها بالنفقة قولان، وكذا اختلف فيما دفع لها بغير حكم هل يرجع عليها به أم لا ؟ وفيها أقوال والمشهور الرجوع بناء على عدم تناول الحكم للباطن، وبغير حكم إنما أنفق للحمل لا على وجه الصدقة و الصلة وعليه من أوصى له بنفقة عمره، فدفعت له نفقة سبعين سنة بالتعمير ثم زاد عليها عمره، في نقض القضاء ورجوعه على الورثة أو أهل الوصايا قولان لأشهب وابن القاسم، وعليه لو كان مال السيد مأمونا أضعاف قيمة المدبر، والموصي بعقده وقلنا بحريتهما بنفس الموت، من غير نظر في الثلث، ثم اجتيح المال بعد ذلك ففي إمضاء العتق ونقضه قولان، لابن القاسم وأشهب .

وعليه إذا أسلم عبد النصراني وسيده بعيد الغيبة، فباعه السلطان ثم قدم فأثبت أنه أسلم قبله، فقال في الكتاب بنقض البيع، وإن عتق نقض عتقه وعليه إذا ابتاع عبدا ثم باعه بمثل الثمن فأكثر ثم رجع إليه بشراء، أو ميراث، أو هبة وهو بحاله لم يتغير، فأراد رده بالعيب على بائعه فإن كان حكم عليه قبل أن يرجع إليه فلا قيام له لخروجه من يده بالبيع بمثل الثمن فأكثر .

فلا قيام له وإن لم يكن حكم عليه فله القيام، قاله ابن حبيب أبو محمد :
هذا بعيد من أصولهم، ابن يونس : يريد أبو محمد أن له الرد مطلقا لإرتفاع الحكم لإرتفاع علته .

وعليه إذا ابتاع عبدا ثم باع نصفه من أجنبي ثم علم بالعيب فاختر البائع أن يغرم نصف قيمة العيب ثم بعد غرمه لنصف القيمة رجع العبد إلى يد المشتري، هل للبائع أن يقول: إنما غرمت لك نصف قيمة العيب لتبعض العبد و الآن قد صار في يدك جميعه، فإن شئت فرد إلى جميعه وخذ ثمنك، أو احبس ورد على نصف قيمة العيب الذي أخذت مني، وللمشتري أيضا أن يفعل ذلك، وإن أباه البائع أو حكم مضى ليس لأحدهما نقضه، في ذلك قولان حكاهما ابن يونس وهما جاربان على قولي ابن حبيب وأبي محمد في المسألة السابقة، وعليه من ابتاع عبدا بالبراءة من الأباق، وأبق في الثلاث ففي المدونة روى ابن نافع هو من البائع حتى يعلم خروجه منها سالما واستونى برد الثمن فإن علم خروجه منها سالما كان من المبتاع وإلا فمن البائع وإن وجد بعد الثلاث فلا حجة على البائع في إباقه لتبريه منه ابن المواز: رواه أشهب وأخذ به.

وقال محمد: إن لم يترادا ثمنه حتى وجد رأيت العبد لازما مبتاعه، وإن تراداه ثم وجد لزم بئعه لنقض البيع برد الثمن.

اللخمي: لا ينتقض البيع والعيب انكشف يلزم مشتريه، وعبر في إيضاح المسالك عن هذا الفرع بقوله: وعليه من ابتاع عبدا بالبراءة من الأباق فأبق في الثلاث وقلنا ضمانه من البائع حتى يخرج من الثلاث سالما فترادا الثمن بعد الاستيفاء ثم وجد العبد هل يرجع إلى ما كشف العيب ويلزم المشتري ولا ينقض البيع، أو يلزم البائع قولان، للخمي ومحمد وهما على القاعدة وقاعدة أخرى - تأتي قريبا - وهي: إذا جرى الحكم على موجب توقع هل يرتفع بالوقوع لأنه تحقيق والتوقع كالإيقاف أو لا؟ لأنه قد نفذ.

قولان للمالكية وعليه أيضا من ابتاع عبدا لم يعلم بعيبه حتى كاتبه، أو مرض فبلغ حد السياق، فأخذ قيمته ثم عجز المكاتب وصح المريض.

قال ابن يونس: ذكر عن بعض القرويين أنه قال: حكم مضى لا ينقض. وعليه أيضا من فلس في غيبته لجهل ملائه على المشهور.

أشهب: ولو عرف وحكم بحلول مؤجله ثم قدم مليا قبل أخذه فظاهر قول أصبغ يأخذ رب المؤجل دينه وهو حكم مضى.

ابن عبد السلام: وهو الأقرب، لأن الحاكم حين قضى كان محوزا لما ظهر الآن، ولأنه حكم واحد وقد اتفق في الأموال وفروج ذوات المحارم على أنه لا يحل حراما كإقامة رجل بينة بمال له قبل غيره فحكم له به وفي نفس الأمر شهدت بزور لأخذه.

وكامرأة من ذوات المحارم شهدت بينة لرجل أنها أمتة فحكم له بها فلا تحل له ذات المحارم إجماعا في القسمين وإنما الخلاف في سوى هذين مما يتعلق بإحكام الفروج تحريما وتحليلا وما هو من باب العقود والفسوخ كمن أقام شهود زور على نكاح امرأة فحكم له بها.

وكمن شهدت عليه ببينة بطلاق زوجته ثلاثا فحكم عليه، فلا تحل الأولى للمحكوم عليه، ولا الثانية لشهودها خلافا لأبي حنيفة وصحيح القولين المذكور في المطولات في كتب علم الخلاف.

قال الإمام أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: اختلفت المالكية في الحكم هل يتناول

الظاهر والباطن أو الظاهر فقط وهو صحيح ، فإذا قضى للمطلقة بالنفقة بظن الحمل ثم تبين أن لا حمل ففي نقض القضاء قولان، ويلزم المجيز مذهب الحنفية الشنيع.

وقال أيضا: القضاء عند مالك ومحمد إمضاء فينفذ ظاهرا لا باطنا، وعند النعمان إنشاء حكم فينفذ فيهما.

قال ابن العربي: وهي مسألة سخيقة من سقطات أهل العراق.

وقال أيضا: قال النعمان: حكم الحاكم يقوم مقام العقد والفسخ فيحل بالعقد ويحرم بالفسخ على حسب ما يناسب ذلك الحكم.

وقال الأئمة: لا يحرم حلالا، ولا يحل حراما على من علمه في باطن الأمر، فقال: من ادعى نكاح امرأة وأقام شاهدي زور فحكم له، صارت زوجته وإن كان يعلم أنه كاذب ومن استأجر شاهدي زور فشهدا بطلاقها حلت لأحدهما، وإن علم بكذبهما واتفق الناس في الديون وما ليس فيه عقد ولا نسخ وما لا يحله القصد إلى الصواب كالقضاء له بذات المحرم، قال النعمان في الدين: لأن الحاكم لم يحكم بالملك لكن بالتسليم وهو لا يوجب الملك انتهى، والنعمان أبو حنيفة ومحمد هو ابن الحسن صاحبه.

ص وان جرى الحكم على ما يوجب توقعا هل بالوقوع يذهب
كالزرع والسن وعين وكرا ورفعها بما الرحي اللخمي يرى

ش المعنى إن جرى الحكم على موجب التوقع هل يذهب بالوقوع ، لأنه

تحقيق والتوقع كالإيقاف أو لا ؟ لأنه قد نفذ.

وعليه الزرع تأكله الماشية بالليل فيغرم قيمته ثم يعود والسن تقطع خطأ فيغرم عقلها ثم تنبت والعين تصاب كذلك فيغرم عقلها ثم تبرأ والدابة يتعدى بها المكترى أو المستعير فتضل فيغرم قيمتها، ثم توجد.

أصبغ: إن عاد الزرع لهيئته بعد الحكم مضت القيمة لربه.

ابن رشد: كقول أشهب فيمن ذهب عقله، وقيل يرد كما في مسألة البصر فإن عاد لهيئته قبله.

وقال مطرف لا قيمة ويؤدب.

ونقل ابن يونس عن اصبغ لزومها.

وفي الوثائق المجموعة من ابن الهندي: ان خلف الزرع كان لغارم قيمته كمكترى دابة تعدى المسافة ثم ضلت فاغرم قيمتها ثم توجد.

الجزولي: وذلك حكم مضى.

مالك: في غاصب دابة فتضل، او عبد فيأبق فأغرم القيمة ثم يوجد ذلك أنه له وهو حكم مضى إذ لو شاء ذلك ما تعجل القيمة.

ابن لبابة: وكذا القصار يتلف الثوب عنده فيغرم ثم يوجد أنه له.

أبو إسحاق: وكذا من ادعى عليه بشيء فأنكر فصولح عليه، ثم وجد بيده

فهو له والصلح نافذ ولها نظائر.

وذكر بعض ما في الأصل، وقيل الزرع لربه ولا يرد القيمة وهو الآتى على قول أشهب فيمن ضرب فذهب عقله فأخذ ديته بعد الاستيناء ثم عاد.

ابن القاسم: في السن لا رد.

أشهب: إن لم يبق شين رد وابن القاسم: في العين يرد وأشهب: لا رد محمد: إن كان بحكم بعد الاستيناء لم يرد.

ابن رشد: وحكم السمع يذهب ثم يعود حكم البصر.

وفي كتاب الغصب من المدونة: وقد قال مالك في المكتري يتعدى المسافة فتضل الدابة فيغرم قيمتها ثم توجد فهي للمتعدى ولا شيء لربها فيها ولو شاء لم يعجل انتهى.

وفي شفعتها مثله، وعليه لو اكرى رحي ماء ثم انقطع ففاسخ ربهها وهو يرى أنه لا يعود عن قرب ثم عاد فقبل يمضي الفسخ كحكم مضى وقيل يرتفع الحكم للخطأ في التقدير ويعود الكراء اللخمي: وهو أحسن، كمن خرص عليه أربعة أوسق فرفع خمسة.

وإليه الإشارة بعجز البيت الثاني أي واللخمي يرى رفع الحكم في مسألة الرحي.

اللخمي: إلا أن يكون المكتري بعد رفعه اكرى غيرها، أو نحوه من العذر

فيمضي الفسخ، وإن لم يتفاسخا حتى عاد عن قرب بقى الكراء على حاله، وإن عاد عن بعد جرت على قولين هل ذلك فسخ أو حتى يفسخ انتهى.

وقد مرت نظائر هذه الفروع عند قوله: «وهل بنفي علة يزول حكم»، وهذه القاعدة أجنبية من الفصل كالتي قبلها لكن يناسبان ما تقدم مما ظاهره حق وباطنه عكسه.

قال الإمام أبو عبد الله المقري: قاعدة: إذا جرى الحكم على موجب التوقع فهل يرتفع بالوقوع، لأنه تحقيق والتوقع كالإيجاب أو لا؟ لأنه نفذ.

قولان للمالكية فإذا غرت من فيها عقد حرية فالمشهور وجوب قيمة الولد على رجاء عتق أمه، والخوف والشاذ على أنه رقيق نظرا إلى الحال والمال كما مر، وعلى المشهور لو قتل الولد قبل ذلك ففي بقاء الترقب أو قيمته على أنه رقيق قولان على القاعدة بخلاف ما لو جرح، وقد تردد فيه ابن محرز ثم قطع بالترقب.

قوله: «على ما يوجب توقعا» التوقع: الانتظار، والظاهر من جهة المعنى أن جيم يوجب في الكلام المؤلف تضبط بالفتح، ونصب توقعا على حذف الخافض، أي على ما هو موجب التوقع بمعنى أن التوقع يوجب، وكذا موجب في كلام المقري وهو مفتوح الجيم إذ المعنى على مقتضى الخوف والرجاء وهو الانتظار والتوقع فتأمله.

قوله: «وكذا» يشمل كراء الدابة يتعدى بها المكتري فتضل الدابة فيغرم قيمتها ثم توجد، وكراء الرحى.

هل ينقض الظن به كمن رجع عن اجتهاد لتغير وقع
في كأوان قبلة حكم وفي نقلى أبي عمرو بذا نقض قضي

أي هل ينقض الظن بالظن أم لا ؟ كمن رجع عن اجتهاد لآخر، لأجل تغير وقع له في الاجتهاد كاجتهاده في أحد الأواني النجس بعضها ثم يتغير اجتهاده إلى غيره هل ينتقل إليه أم لا .

وكذا الثياب النجس بعضها وتدخل هذه تحت الكاف من كأوان، وكذا القبلة يجتهد في جهتها ثم يتغير اجتهاده.

ففي إعادته قولان وكذا إذا حكم القاضي بعد أن اجتهد ثم تغير اجتهاده إلى غير ذلك الحكم.

ابن محرز قال ابن القاسم وغيره: يرجع إلى ما ظهر له صوابه و يفسخ الأول وقال ابن الماجشون وسحنون وغيرهما: لا يجوز له فسخه قالوا: وهذا أقوى ولو كان يجوز له فسخه و يفسخ الثاني لكان له فسخ الثاني و الثالث ولا يقف إلى حد وذلك ضرر شديد.

وفي نقلى أبي عمرو بن الحاجب في الفرعي و الأصلي تناقض في هذا الأصل، ففي الفرعي: فلو حكم قصدا فظهر أن غيره أصوب فقال ابن القاسم: يفسخ الأول.

وقال ابن الماجشون وسحنون: لا يجوز فسخه، وصوبه الأئمة.

وفي أصله: لا ينقض الحكم في الاجتهاديات منه، ولا من غيره باتفاق،
للتسلسل فتفوت مصلحة نصب الحاكم انتهى.

وأنت ترى كيف حكى في الفرعي الخلاف، وفي الأصلي الاتفاق، وكتب
على هذا الإمام الحافظ أبو عبد الله القوري: لا يصح هذا الاتفاق والنقض ضد
الإبرام، فكل من النقلين ينقض الآخر ويحل ما إبرامه.

وقد أشار صاحب إيضاح المسالك أيضا إلى هذه المناقضة، قال بعد أن ذكر
نص الكتابين: فتأمل ما يكون جوابا عن معارضة كلامه وحل إبرامه.

ومثل هذا قول المؤلف: قف أي على المناقضة، وتأمل ما يكون جوابا عن
معارضة نقلية فهو من وقف، ويحتمل أن يضبط بضم القاف ماضيا مبنيًا لما لم
يسم فاعله، من القفو أي نقض أحد الأمرين بالآخر في هذا تبع في نقلي أبي
عمرو أو يتعلق بذا بنقلي، وهو أولى لسلامته من تقديم معمول المصدر عليه،
ويكون إشارة إلى اتباع شراحه له، وعدم اعتراضهم عليه، والضبط الأول أبين
وذا إشارة إلى القريب وهو الحكم.

قال العلامة أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: العلم ينقض الظن لأنه الأصل،
وإنما جاز الظن عند تعذره، فإذا وجد على خلافه بطل، وللمالكية في نقض
الظن بالظن قولان كالاجتهاد بالاجتهاد فمن ظن القبلة في الجهة فصلى إليها
أو ظن طهارة أحد الثوبين، أو الإنائين ثم تغير اجتهاده ففي إعادته قولان،
وهي بمعنى التي قبلها يعني قاعدة هل الواجب الاجتهاد أو الإصابة.

وقال أيضا: قاعدة: لا ينقض قضاء القاضي إلا في أربعة مواضع: إذا خالف الإجماع أو القواعد، أو القياس الجلي أو النص الصريح ومن ثم حد مالك الحنفي في النبيذ، ورد شهادته لتضافر النص و القياس على تحريمه، وما ينقض فيه القضاء لا يصح فيه التقليد بالأحرى، ولهذا قال الباجي: لعل هذا في غير المجتهد أما العالم فلا يحد إلا أن يسكر وحده الشافعي لدرء المفسدة التي لا تلزم التحريم وقبله لعدم المعصية.

قلت: درء المفسدة يوجب التأدب لا الحد، وقد شرب النبيذ وكيع ومن هو أكبر منه وأصغر ولم يردهم أحد من أهل الأخبار انتهى.

وقد نظم بعض النبلاء المواضع الأربعة التي ينقض فيها حكم الحاكم فقال:

إذا قضى حاكم يوما بأربعة فالحكم منتقض من بعد إبرام

خلاف نص وإجماع وقاعدة ثم قياس جلى ترك إبهام

وفي الكليات للمقري: كل حكم خالف النص أو الإجماع أو كان عن غير دليل أو أخطأ المذهب المقصود، وقيل أو القواعد، أو القياس الجلي، فإنه يفسخ، وإلا فلا إلا أنه ينقض ما ظهر خطأه من أحكام نفسه أنتهى. مثال مخالف الإجماع: ما لو حكم بالميراث كله للأخ دون الجد فهذا خلاف الإجماع لأن الأمة على قولين إما المال كله للجد، أو يقاسم الأخ، أما حرمان الجد بالكلية فلم يقال به أحد فمتى حكم به حاكم نقضنا حكمه وإن كان مفتيا لم نقلده.

ومثال مخالفة القواعد: المسألة السريجية، فمتى حكم حاكم بتقرير النكاح في حق من قال إن وقع عليك طلاقى فأنت طالق قبله ثلاثاً أو أقل فالصحيح لزوم الطلاق الثلاث له، فإذا ماتت أو مات وحكم حاكم بالتوارث بينهما نقضنا حكمه لأنه على خلاف القواعد، لأن من قواعد الشرع صحة اجتماع الشرط مع المشروط لأن حكمته إنما تظهر به.

ومثال مخالفة النص: إذا حكم بشفعة الجار، فإن الحديث الصحيح وارد في إختصاصها بالشريك ولم يتبث له معارض صحيح فينقض الحكم بخلافه.

ومثال مخالفة القياس: قبول شهادة النصراني فإن الحكم بشهادته ينقض لأن الفاسق لا تقبل شهادته والكافر أشد منه فسوقاً، وأبعد عن المناصب الشرعية في مقتضى القياس فينتقض الحكم بذلك.

وقيد القرافي النقض في هذه الثلاثة الأخيرة بما إذا لم يكن لها معارض راجح عليها، أما إذا كان لها معارض فلا ينقض الحكم إذا كان وفق معارضها الراجح إجماعاً كالقضاء بصحة عقد القراض والمساقاة، والسلم والحوالة ونحوها فإنها على خلاف القواعد والنصوص والأقيسة، ولكن الأدلة الخاصة مقدمة على القواعد والنصوص والأقيسة.

يصير بنهي مضمحل	هل يقتضي تكرار الأمر وهل
حكاية وسجدة تنول	للأول الولوغ والدخول
وفئة ونحوها فلتعلم	للثان حالف وصيد محرم

ش اشتمل كلامه على أصليين: الأصل الأول: الأمر هل يقتضي التكرار أم لا؟، الثاني: النهي هل يصير المنهى عنه مضمحلا كالعدم أو لا؟ وهو معنى قولهم النهي هل يدل على فساد المنهى أم لا؟ وهذا الأصل راجع إلى قولنا المعدوم شرعا هل هو كالمعدوم حسا أم لا؟.

على الأول: إذا تعدد الولوج من كلب أو كلاب هل تكرر السبع بتكرره أم لا؟ وشهر ابن عرفة عن المازري، لا نص في تكرره بتعدد الكلاب، والأظهر عدمه.

قال: فنقل ابن بشير وابن شاس، وقول ابن الحاجب: لا يتعدد على المشهور خلافه، وعليه أيضا دخول المسجد هل تكرر التحية بتكرره أم لا؟ وهو المعروف وحكاية الأذان هل تكرر بتكرر المؤذنين أم لا؟ وهو المشهور.

ابن هارون: لأن الأسباب إذا تساوت موجباتها اكتفى بأحدها كتعدد النواقض، والسهو، وموجبات الحدود وسجدة التلاوة هل تتعدد بقراءة سجدة واحدة مرات متعددة، أي هل يسجد قاريها كل مرة؟ المازري: أصل المذهب عندي عين تكررها إلا أن يكون القارئ ممن يتكرر عليه ذلك غالبا كالمعلم والمتعلم فيسجد أول مرة عند مالك وابن القاسم ولا سجود عند أصبغ وابن عبد الحكم.

وعلى الأصل الثاني: لو حلف ليتزوجن على امرأته فنكح نكاحا فاسدا في بره قولان.

اللخمي عن ابن القاسم: لا يبر بيمينه ولو بنى إذا كان يفسخ بعد البناء وإلا
بر و القياس بره مطلقا إن بنى لحصول قصده إساءتها بمباشرة غيرها.

ابن عبدوس عنه: لا يبر بكتابية ولا دمية ولا بفساد ملك، ولا من ليست
من مناكحة.

محمد: سهل فيه ابن القاسم.

وإذا قتل محرم صيدا فهو ميتة خلافا للشافعي.

وعليه أيضا وطء المولى في الحيض، والصوم والإحرام هل ينحل به الإيلاء
وهو قول عبد الملك أم لا؟ وهو المشهور وشبه ذلك كمن حلف ليطأن الليلة
امراته فوطئها حائضا هل يبر أم لا؟، وقد تقدمت فروعه في المعدوم شرعا.

قال الإمام أبو عبد الله المقري: قاعدة: اختلفوا في النهي هل يجعل المنهى
عنه كالعدم أم لا؟ فإن حلف ليتزوجن فنكح نكاحا فاسدا في بروره قولان فلو
تزوج أمة فعلى كون الحرة طولا فلو تزوج غير كفاء، فعلى تعارض اللفظ
والقصد، فلو لم يدخل فعلى الأقل و الأكثر، وعلى قاعدة أخرى وهي أن
النكاح هل هو حقيقة في العقد أم لا والحق فيهما أنه بالنظر إلى اللغة حقيقة
في الوطاء مجاز راجح في العقد، وكذلك في الشرع، لأن الأصل عدم التغيير،
ويحتمل أن يكون فيه حقيقة في العقد مجازا في الوطاء.

وقيل: ثلاثة، ثالثها حقيقة فيهما، ولم يفصل، وكذلك التزويج هل هو
أظهر في العقد ولذلك كان المنصوص إذا قال إن تزوجت عليك وعنده امرأة

أنه يدوم بخلاف أن لا يتسرى، وخرج الخلاف فيه على القاعدة.

قوله: «مضمحل» هو منصوب لكونه خبر يصير، وقف عليه بالسكون على لغة ربيعة و المضمحل الذاهب، والدخول: دخول المسجد هل تتكرر التحية بتكرره أم لا؟ والحكاية: حكاية الأذان، وسجدة: أي قراءة سجدة، تقول: أي ترجع و تعود فهو نعت لسجدة، ويعنى بالسجدة محلها، والمعنى: هل يتكرر السجود بتكرر محله أم لا؟ وصيد المحرم: ما صاده المحرم أو صيد له، إذ الإضافة بأدنى سبب.

وهل قريب الشيء كهو كالذي	نوى أو استجمر أو زكى احتذى
كحج اضحاة نكاح وسلم	صرف وثنيا عهدة صلح عدم
معين مراهق وصانع	ومرأة تقضي لشرط مانع
أو بتبرع خيار مستحق	وشفعة وصية وما يحق
من كثمار مكنز مع وكيل	وناضر وشبهها من القليل

أي هل قريب الشيء كالشيء؟ بمعنى أن ما قارب الشيء هل له حكمه أم لا كالذي قدم النية قبل محلها في الوضوء و الصلاة بيسير هل تجزئ أم لا؟ المقري: المختار نفي الأجزاء وعليه لا فرق بين التقدم و التأخر.

والذي تجاوزت نجاسة محله المحل بيسير هل يجزئ فيها الاستجمار أم لا؟ وتقديم الزكاة قبل الحول بيسير وكما لو تطيب في حال إحرامه بحج أو عمرة و أزاله بالقرب، أو ألقى الريح الطيب عليه وهو نائم، فأزاله بالقرب ما استيقظ وهذان الفرعان شملهما قوله: «كحج» ودخلت العمرة تحت الكاف،

وفي بعض النسخ في صيد بدل كحجج و أراد به الصيد قرب الحرم يرسل عليه فيقتل و يغتفر قطع اليسير من أذن الأضحية و ذنبها وقيل يكره ابتداء في الذنب.

وعليه أيضا الخلاف في تقديم عقد النكاح على إذن المرأة بالزمن اليسير، وكذا الزوج، أو الولي في النكاح الموقوف يكون في الثلاثة.

وتأخير رأس مال السلم اليومين و الثلاثة وتسلف أحد المصطرفين بالقرب من عقد الصرف بخلاف الطول، أو تسلفهما معا لطول الأمر فيه غالبا والمفارقة اليسيرة بعد عقد الصرف وقوت المبيع بالثنيا، والعهدة بعد زمنها بيسير، بمعنى أن المشتري في الثنيا إذا قال للبائع إن جئت بالثمن إلى شهر مثلا فالمبيع رد عليك فجاءه بعد الشهر بالقرب فهل يكون له أم لا ؟ قولان على القاعدة.

وكذا عهدة الثلاث، أو عهدة السنة يحدث العيب بعد انقضائهما بالقرب وتمنع الثنيا إذا كانت في العقدة لنهيه عليه السلام عن بيع الثنيا لصيرورته تارة ثمنا وتارة سلفا، و إن تطوع بها بعد العقد فإما مطلقة كمتى أتيت بالثمن فهو لك أو مقيدة كإن أتيت بالثمن في خلال كذا، أو تفويت المشتري في المطلقة مما يرى أنه قصد قطع ما أوجبه على نفسه فلا فوت، قال ابن رشد ونسبه أبو الحسن الصغير للجزيري وفيه قصور.

ولابن فتوح: في المطلقة إن فوته المبتاع فلا حق للبائع فيه، وله إن أحضر الثمن منعه تفويته، و إن فوته بعد تفويته إلا بقضاء قاض فلا فوت، وفي

المؤجلة ليس له تفويته قبل الأجل أو بعده بقرب، فإن فعل فلا فوت و الحكم بين على القول الآخر في القرب.

وفي بعض النسخ قسمة بدل عهدة والمراد به التراجع في قسمة القرعة أجازة اللخمي في اليسير كدارين قيمة إحداهما مائة، و الأخرى تسعون فيعطي أخذ ذات المائة خمسة، وظاهر المدونة والرسالة المنع مطلقا وعليه أيضا ما إذا عدم ما صلح عليه وهو بيد المدعى عليه وهو منكر، بأن استحق فإن كان عن طول وبعد من الصلح فلا رجوع للمدعى عليه المستحق من يده على المدعى فيما أخذه منه، وإن كان عن قرب فقولان على القاعدة.

المدونة: رجع بما دفع إن لم يتغير بسوقه أو بدنه وإلا بقيمته.

اللخمي: عن سحنون في كتاب ابنه: لا يرجع على المدعى بشيء لأنه دفع الخصام بما أعطاه لا شيء ثبت عليه.

وقول ابن القاسم أحسن، لأنه يقول للمدعى إن كنت محقا في دعواك فهو شراء فعليك الرد وإن كنت مبطلا فلا يحل أخذه بباطل، وإن استحق ما بيد المدعى فهل يرجع بقيمة ما قبض أو مثله، أو لخصومة، ثالثها الخصومة إن استحق بحدثان الصلح، وصوب ابن يونس الأول، لأن رجوعه إلى الخصام غرر، فلا يرجع من معلوم لمجهول، وكذا بيعه معين بتأخر قبضه بيسير قيل: فيمتنع إلى أجل بعيد كخمسة أيام، ويجوز إلى قريب كثلاثة وفيما بينهما تنازع لنهي النبي ﷺ عن بيع الغرر ومنه معين يتأخر قبضه لأجل بعيد فكأن المشتري زاد البائع في ثمنه ليضمنه، لأن النظر إليه قبض فدخل في ضمان المشتري ثم

نقله للبائع فلضمان حصة من الثمن، على أنه اختلف في الأجل القريب أيضا هل يجوز وإن لم تكن فيه منفعة للمشتري وهو ظاهر سلمها الأول أو بقيدها كخدمة أمة أو ركوب دابة وإلا كره، قاله ابن القاسم في الرواحل.

وقيد بعضهم به ما في السلم ويمكن أن يكون هذا الخلاف مراد المؤلف أو يقال: لا يلزم أن تكون فروع الأصل المختلف فيه كلها مختلفا فيها، فقد يتفق المذهب في بعضها وهو كثير وأيضا إن لم يكن في ملك البائع فغرره ظاهر، وإلا فبقاءه على صفته غير معلوم وأما الرابع فيجوز بيع الدار واستثناء سكانها مدة لا تتغير فيها غالبا، وفي حدها بسنة وهو مذهب المدونة أو لا ستة أقوال.

ابن رشد: واستثناءؤها أعواما أخف، قال ابن القاسم: يجوز فيها عشرة أعوام وقد اختلف في لزوم طلاق المراهق، وحده، وقتله، وإسلامه، وإنكاحه، والإسهام له لقربه من البلوغ.

والصانع يدعي بقرب دفع المصنوع إلى ربه كاليومين ونحوهما أنه لم يقبض الأجرة والمرأة تعطي لزوجها مالا على أن لا يتزوج عليها، أو على أن لا يطلقها، ثم يتزوج، أو يطلقها بالقرب وذات الزوج تبرع بثالث مالها ثم بعده تبرع بثالث آخر فمعروف المذهب قول محمد إن قرب ما بينهما منع وإلا جاز.

وقال عبد الوهاب: ليس لها ذلك وإن بعد إلا في مال آخر أو تبرعت بما زاد قليلا على الثلث.

قال ابن القاسم في المدونة: إذا زادت الدينار ونحوها نفذ الجميع وقال ابن

نافع لا ينفذ.

والخيار هل ينقضي بغروب الشمس، أو له الرد في كالغد وإستحقاق اليسير من المقوم وهو ما دون الجل لا يوجب الفسخ بخلاف الكثير ويحط عن الشفيع ما حط للمبتاع من القليل الذي يحط عادة.

وعليه أيضا وصية الموصي ببيع عبده من فلان فأبى فإنه يحط من ثمنه ثلثه، فإن أبى قيل للورثة بيعوه له بما قال، وإلا فاقطعوا له ثلث العبد بتلا وكذا ما لحق أصله بشراء من ثمار لم يبد صلاحه، ومال عبد وخلفه قصيل أجازة ابن القاسم بحدثان عقده فقط.

يحيى: وحد العبد عشرون يوما وقيل بالجواز مطلقا وقيل بالمنع مطلقا وقيل بجواز الثمن دون غيره، رواه أشهب.

قال بعضهم: لو جذ الأصل ثم أراد شراء الثمرة الخلفية، أو أعتق العبد أو باعه ثم أراد أن يشتري ماله، أو باع الأرض أو النخل، ثم أراد شراء الثمرة أو الزرع لم يجز اتفاقا.

وكذا المكتري يدعي دفع الكراء بعد انقضاء الوجيبة بالقرب، وتفصيل ذلك أن المكتري إذا ادعى دفع كراء دار مثلا بعد تمام أمره فإن كان عن بعد منه صدق بيمين خرج أو بقى، وإن كان بقربه صدق ربها بيمين.

ابن حبيب: إن كان مشاهرة أو مسانهة صدق المكتري فيما مضى إلا في الشهر الأخير أو السنة الأخيرة فيصدق رب الدار قام بالقرب بيمين وإلا صدق

المكتري مع يمينه .

صاحب البيان: العرف عندنا أن القول قول المكتري في دفع كراء ما مضى من الأشهر، والقول قول رب الدار في الشهر الآخر ما لم يطل بعد انقضائه انتهى .

قلت: والعمل بفاس - حرسها الله - أن القول قول المكتري في سالف المدة ما عدى شهرين من آخرها فالقول قول رب الدار .

والجمال يطلب الكراء بعد بلوغ الغاية بقرب كيومين أعطى وصدق بيمين كانت الأحمال بيده أو أسلمها، وإن قام عن بعد صدق المكتري مع يمينه .

ابن يونس: العرف في الكراء وغيره كالشرط لأن شأن الأكرياء انتقاد أكريتهم ببلوغ الغاية أو بعد يومين، وما قرب قال في المدونة: إلا أن يقيم بينة، وظاهره أن الجمال يقيم بينة أن المكتري لم يقضه وليس كذلك .

ابن يونس: يريد على اقرار المكتري أنه لم يدفع ومثله تعدى مكتري دابة أو مستعيرها المسافة بالشيء اليسير كتنحية بعد الغاية إلى مثل منازل الناس و هلكت في رجوعه فلا ضمان عليه، لأن منازل الناس كالمسافة المشترطة .

محمد: وقيل يضمن ولو زاد خطوة وعليه أيضا إذا زاد الوكيل في الثمن زيادة يسيرة كثلاثة دنانير في مائة، ودينارين في أربعين، فإن لازم للأمر بخلاف إذا نقص اليسير من الثمن في البيع، والفرق أن الشراء لا يتأتى غالبا بما يحده الأمر حتى لا يزيد عليه شيئا وغرضه تحصيل المشتري ولا يحصل إلا بتمكين

الوكيل من زيادة يسيرة بخلاف البيع فإنه لا يلزم الموكل لكونه يتأتى بما حد له أو يرد على الموكل ما وكله على بيعه.

وقيل النقصان اليسير من الثمن كالزيادة فيه ثم هو مصدق في دفع ذلك إن لم يسلم المشتري لربه كأن سلمه وقرب طلبه منه وإلا فلا إلا أن يشتغل عنه بحاجة أكيدة، أو يكون في سفر فيقدم، رواه عيسى ابن القاسم وتردد فيه التونسي وخرجه المازري على الخلاف فيمن أخرج من ذمة إلى أمانة فإن كثرت الزيادة خير الموكل في المشتري فإن لم يرض به لزم الوكيل كشرائه معيبا عالما به إلا أن يكون شرائه فرصة، والعيب خفيف فيلزم الموكل، ومثل ذلك الوكيل يدعي الدفع لموكله بقرب الوكالة.

ففي المقدمات: إذا ادعى الوكيل المفوض أو غير المفوض أنه دفع إليك ما قبض من غرمائك صدقة مالك في المدونة مع يمينه لأنه آمنه وعنه لا يصدق بحضرة قبض المال أو بقربه بالأيام اليسيرة، لأن الأصل بقاؤه عنده وتحلف أنت و تصدق، وهو مع يمينه في نحو الشهر، لأن الظاهر قبضك ذلك حينئذ و إن طال جدا لم يحلف وفرق أصبغ بين المفوض إليه في القرب يبرأ مع يمينه وفي البعد جدا يبرأ بغير يمين و أما الوكيل على شيء بعينه قال: فهو غارم حتى يقيم البينة، وإن مات الوكيل بالقرب قال عبد الملك: ذلك كله في ماله إذا عرف القبض وجهل الدفع ولم يذكره وعليه أيضا ناظر الأيتام وهو الوصي عليهم يدعي الدفع بعد الترشيح بالزمن اليسير فإنه لا يصدق لأنه ادعى الدفع لغير من ائتمنه خلافا لابن الماجشون وهي أيضا على القاعدة وأما إن طال زمن ذلك كالثلاثين سنة والعشرين يقيمون معه ولا يطلبونه ولا يسألونه عن

شيء ثم يطلبونه وإنما عليه اليمين قاله مالك في المدونة .

وقال ابن زرب إذا قام بعد عشر سنين أو ثمان لم يكن له قبله إلا اليمين .

خليل : ينبغي أن ينظر إلى قرائن الأحوال و ذلك يختلف والله أعلم ، وكذا شبه هذه الفروع مما هو قليل بالنسبة لما ذكر وان كان كثيرا في نفسه كزيادة المستعير في المسافة يسيرا فإنه كالمكتري وكنفوذ شراء سفينة ما قل وإيحاء الأم على ولدها في يسير ورثه منها ولا أب له ولا وصي وقد يدخل هذا تحت قول المؤلف «وصية» وكشرط ما قل من عمل في قراض ومساقاة، ومغارسة، وأخذ شيء من طريق المسلمين لا يضر، ويسير الغرر في البيع .

ومن سرق ما يقطع فيه مرارا كل مرة دون النصاب و المجموع نصاب هل يقطع أو لا ؟ ونحوها مما قل .

قال القاضي أبو عبد الله المقري : قاعدة : اختلف المالكية في إعطاء ما قرب من الشيء حكمه أو إبقائه على أصله ، كالعفو عما قرب من محل الاستجمار بخلاف اللازم ، وكتقديم عقد النكاح على إذن المرأة بالزمن اليسير ، وقيل لا يضره مطلقا ، وكلزوم طلاق المراهق لقربه من البلوغ ، وكتسلف أحد المصطرفين بخلاف تسلفهما معا لطول الأمر فيه غالبا .

وقال أيضا : قاعدة اختلف المالكية في تسمية التأخير اليسير كاليومين والثلاثة دينا .

وعليه جواز تأخير راس مال السلم، والمعين إليها، وبنيا أيضا على أن ما قارب الشيء هل يكون حكمه كحكمه انتهى.

تنبيه: قال ابن رشد بعد أن ذكر أن القولين في مسألة الاستجمار السابقة مبنيان على الخلاف فيما قارب الشيء هل يعطى حكمه أم لا؟: وهذه القاعدة كثيرا ما يذكرها الفقهاء ولم أجد دليلا يشهد لعينها، فأما إعطاؤه حكم نفسه فهو الأصل، وأما إعطاؤه حكم ما قاربه، فإن كان مما لا يتم إلا به كإمساك جزء من الليل فهذا يتجه، وإن كان على خلاف ذلك فقد يحتاج له بحديث مولى القوم منهم وبقوله ﷺ: «المرأع من أحب» انتهى.

قوله: «خذ» أي خذ هذه القاعدة و أجرها في الصيد، وما عطف عليه، وفي بعض النسخ احتذى فيحتمل الأمر، الماضي مبني للمفعول، والاحتذا في الاتباع، وفي بعضها حذى بالحاء المهملة من حذا يحذو بمعنى ما قبله، فيتعين مبني للمفعول.

قوله: «نكاح» يعني النكاح الموقوف سواء تقدم العقد على إذن الزوجة أو الزوج، أو الولي.

قوله: «صلح» أراد بصلح المصالح عليه أو به في الإنكار وعدمه مجاز عن استحقاقه من يد المدعى عليه، أو المدعي.

وفي بعض النسخ علم بدل عدم ومعناه والله أعلم أن فرع الصلح معلوم لأهل الفقه منصوص في كتبهم، فصلح على هذا باق على مصدريته، غير مؤول

بالمفعول والجملة صفة أو مستأنفة وتتعين الصفة على النسخة الأولى، وهي أبين.

قوله: «وصية» هو صادق على الموصى ببيع عبده من فلان، والموصى يزيد على الثلث، الشيء اليسير هل يمضي أو للورثة رده.

قوله: «وما يحق من كثمار مكتر مع وكيل» هكذا رأيت بخط المؤلف، ويدخل تحت الكاف الزرع، وخلفه القصيل.

والمكثري: يشمل مكثري الدار يدعي دفع الكراء، ومسألة الجمال و مسألة مكثري الدابة يتعدى المسافة.

والوكيل: شامل للمسائل الأربع زيادته في الثمن يسير، وتسليمه السلعة للموكل ثم زعم بالقرب من التسليم أنه زاد فيها زيادة تلزم الأمر، فإنه يقبل منه، وإن ادعاء بطول لم يقبل، وابتياعه سلعة معيبة عيبا خفيفا يغتفر مثله مع كون الشراء نظرا وفرصة، ودعواه دفع الدين الذي وكل على اقتضائه أو ثمن السلعة التي وكل على بيعها.

أو السلعة التي وكل على شرائها أو شبه ذلك لموكله بحدثان الوكالة، وفي بعض النسخ بدل هذا كذا يحق للمكثري مع شريك ووكيل أي كذا يحق هذا الأصل للمكثري ومن ذكر معه بمعنى أنها تبني عليه و أراد بشريك الشريك في الزرع يدعي الدفع لشريكه بعد دفع الإصابة بيسير و كذا تطوع شريك بتافه في مال أو عمل، و إلغاء مرض أحد شريكي العمل أو غيبته يومين و اغتفار ما قل كثوب لأحد الشريكين أو عامل القراض عند الانفصال.

قوله: «وشبهها» هو بالخفض عطفًا على ما قبله، ومن القليل يتعلق به، أي وما يشبهه هذه الفروع مما هو قليل بالنسبة إلى الفروع المذكورة، وإن كان كثيرًا في نفسه وفي الإرتهان لما ذكره من كون غير المذكور من فروع هذا الأصل قليلًا بالنسبة إلى المذكور منها والدخول تحت هذه العهدة ما لا يخفى، والله أعلم وقد حذف المؤلف العاطف في كثير من هذه المسائل، وهو كثير في هذا الرجز.

هل حكم مالك لمن له سبب جار بتمليك قد اقتضى الطلب
كقادر مقارض ومن سرق وشفعة تيمم ومستحق

ش أي هل حكم مالك ثابت لمن له سبب جار قد اقتضى الطلب، بتمليك؟ وهذه قاعدة من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك هل يعطى حكم من ملك أم لا؟ وهو المعبر عنه بمن ملك أن يملك هل يعد مالكا أم لا؟.

كمن به سلس البول وهو قادر على رفعه بنكاح أو تسر، أو تداو، وهل ينتقض وضوؤه أم لا؟.

والفقير القادر على التكسب هل يعطى الزكاة أم لا؟.

ابن عرفة: وفي إعطائها لشاب صحيح قولان: مالك ويحيى بن عمر.

اللخمي: إن كان ذا صنعة تكفيه وعياله فغنى، وإن لم تكفه أعطى تمام كفايته، وإن كسدت أو لم يكن ذا صنعة ولم يجد ما يحترف أعطى، وإن وجدته ففيه قولان انتهى كلام ابن عرفة.

وأجرى بعضهم نفقة الأبوين عليها قيل والنص شرط عدم القدرة في وجوبها وفرق بأن الزكاة أوسع لأن النفقة يأخذها معين من معين وهذه قاعدة أخرى.

أن الحكم في المطلق أوسع منه في المعين ويتسع فيما بينهما بقدر قربه من المطلق ويضيق بقدر قربه من المعين وهذان الفرعان داخلان تحت قول المؤلف «قادر» وعلى هذا الأصل، أيضا عامل القراض هل يعد مالكا بظهور الربح.

القرافي: وهو المشهور، أو بالقسمة فإنه وجد في حقه سبب يقتضي المطالبة بالقسمة وإعطاء نصيبه من الربح، فهل يعد مالكا أم لا يملك إلا بالقسمة قولان في المذهب.

فإن كان أحد المتقارضين مسلما حرا لا دين عليه والآخر كافرا، أو عبدا أو مديانا فلمالك في رواية أشهب مراعاة حال رب المال، فإن وجبت عليه وجبت في نصيب العامل وإن لم يكن من أهلها.

وله في الموازية: اعتبار حال العامل، فإن كان من أهلها وفي نصيبه من الربح نصاب وجبت، وإن لم يكن ربه من أهلها وهما مبنيان على المترقيات متى يعد حصولها؟ هل يوم ترقبت فيملك حصته من الربح بظهوره أو يوم تقرر فلا يملك إلا يوم القسمة، وقبلها لرب المال الجميع فيزكيه على ملكه.

وذهب ابن القاسم إلى مراعاة حالهما معا، فإن كانا من أهلها وحصه رب المال بربحه نصاب، وأقام المال بيد العامل حولا زكى، أي العامل بربحه، وإن قل جعلهما كمالك واحد، وإن سقطت عن أحدهما سقطت عن الآخر.

وفي معناه العامل في المساقاة، إن وجد في حقه من العمل ما يقتضي المطالبة بالقسمة، وتمليك نصيبه من الثمن فهل لا يملك إلا بالقسمة أو يملك بالظهور؟.

القرافي: وهو المشهور على حكم القراض قولان في المذهب وعليه أيضا: من سرق من الغائبين من الغنيمة بعد حوزها وقبل قسمتها هل يقطع أم لا؟ وذلك أنه انعقد للمجاهدين سبب المطالبة بالقسمة والتمليك فهل يعدون مالكين أم لا؟ قولان: فليل: يملكون بالحوز والأخذ وهو مذهب الشافعي.

وقيل: لا يملكون إلا بالقسمة وهو مذهب مالك، قاله القرافي والشفعة إذا باع أحد الشريكين حصته تحقق لشريكه سبب يقتضي المطالبة بأن يملكها بالشفعة فهل يعد مالكا للشقص المبيع بنفس البيع أم لا؟ فإذا باع الشفيع بعده ما يستشفع به فلا شفعة له، قاله مالك واختاره أشهب وغيره وهو ظاهرها وعنه لا تسقط.

ابن رشد: رواه يحيى عن ابن قاسم.

ابن عبد السلام: ظاهر قول ابن القاسم الفرق بين بيعه عالما به فلا شفعة أو لا فيشفع وهو ظاهرها.

ومن تيمم ثم وهب له الماء فهل يبطل تيممه على القول بوجوب قبول هبته وإذا استحق الجل من العروض هل يحرم التمسك بالباقي أم لا؟ كمن ابتاع عشرة ثياب فاستحق منها ثمانية، فأراد أن يتمسك المشتري بالإثنين الباقيين

منها، فإنه منع من ذلك في المدونة وأجازه في واضحة ابن حبيب والخلاف فيها على من ملك أن يملك هل يعد كالمالك أولا يعد إلا إذا اختار أحد الوجهين اللذين خير بينهما، فإن تمسك بالثوبين الباقيين بعد علمه بمقدار ما ينويهما جاز باتفاق القولين.

وبيان كون الخلاف في مسألة ابن حبيب على القاعدة، أنه ملك أن يملك رد الثوبين فإن عد مالكا امتنع تمسكه لأنه شراء مستأنف بثمن مجهول في الحال، وإلا جاز.

ومن مسائل من ملك أن يملك، فقير لم يطلب ولده الغنى، بنفقة، هل يعطى من الزكاة انظر تفليس التقييد.

والفقير وغيره من المسلمين له سبب يقتضي المطالبة لما يملك من بيت المال ما يستحقه بصفة فقره أو غيره من الصفات الموجبة للإستحقاق، كالجهد والقضاء والفتيا والقسمة بين الناس في أملاكهم، وغير ذلك مما شأن الإنسان أن يعطى لأجله، فإذا سرق هل يعد مالكا فلا يجب عليه الحد لوجود سبب المطالبة بالتمليك أو يجب عليه القطع لأنه لا يعد مالكا وهو المشهور، قولان هذا لفظ القراني في هذا الفرع.

تنبيه: لم يجعلوا من فروع هذه القاعدة جبر الغرماء المفلس على تكسب و تسلف وعفو للدية واستشفاع، ونزع مال رقيق وما وهب لولده، لأنهم لم يعاملوه على التزام ذلك.

كما لا يلزمونه قبول معروف كتسلف ووصية، وهبة، وصدقة وكذا اتفق على أن للعبد اختيار العبودية إن قال له ربه أنت حر إن شئت ونحوها من فروع هذه القاعدة.

قال القاضي العلامة أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: اختلف المالكية فيمن جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك هل يعطى حكم من ملك أو لا؟ وهو المعبر عنه بمن ملك أن يملك هل يعد مالكا أم لا؟.

قال القرافي: وليس الخلاف في كل فروع هذه القاعدة ولكن في بعضها، كمن يقبل التداوي أو يقدر على التسري في السلس، ومن وهب له ماء وقد تيمم.

وأخذ من لا مال له ويقدر على التكسب للزكاة، وأجرى عليه نفقة الأبوين، والمنصوص اشتراط عدم القدرة في وجوبها، وفرق بأن الزكاة أوسع لأن النفقة مأخوذة من معين لمعين، وهذه قاعدة أخرى أن الحكم في المطلق أوسع منه في المعين ويتسع فيما بينهما بقدر قربه من المطلق، ويضيق بقدر قربه من المعين.

ومن القاعدة جواز الربا بين العبد وسيده انتهى كلام المقرئ.

قلت: وفي قوله المنصوص اشتراط عدم القدرة في وجوبها، أي النفقة نظرا، لأن الشيخ ابن عرفة حكى قولين في وجوب النفقة على الأب إذا كانت له صنعة تكفيه، ونصه حاكيا عن اللخمي: وإن كان للأب صنعة تكفيه وزوجته جبر عليها وإن كفت بعض نفقته أكملها ولده.

قلت: ونقل الباجي: إن نفقة الوالدين المعسرين تلزم الولد، ولو قويا على

العمل.

قلت: قولاً اللخمي، والباجي كالقولين في الفقير القادر على العمل هل يعطى الزكاة أم لا؟ انتهى.

قلت: ووقعت هذه المسألة في إيضاح المسالك على غير وجهها، ونصه أثناء الفروع المبنية: وأخذ الزكاة لمن لا مال له أو أجرى عليه نفقة، والمشهور عدم اشتراط القدرة في جواز أخذها.

هكذا في نسخة مصححة بتصحيح شيخنا أبي محمد عبد الواحد ولد المؤلف ولا وجه لهذا، والصواب وأجرى بالواو، ونفقة الأبوين، لا نفقة فقط، وفي وجوبها بدل في جواز أخذها.

وأما ذكر المشهور، بدل المنصوص في كلام المقرئ فصواب لما في المسألة من الخلاف كما ذكرنا، لكن إذا كان الخلاف منصوصاً لم يحتج إلى التخريج والله تعالى أعلم.

قوله: «كقادر مقارض» هكذا في بعض النسخ، وفي بعضها بدله «كسلس و قادر» والأول أولى لدخول السلس تحت القادر لشموله للقادر على رفع السلس والقادر على التكسب فتسلم من التداخل، وتزيد فائدة، المقارض بفتح الراء، وهو عامل القراض، وقد يقال القادر شامل لجميع فروع القاعدة فلا انفكاك عن التداخل.

قوله: «ومن سرق» أي أحد الغانمين إذا سرق من الغنيمة قبل قسمها.

ص وعاب من ملك أن يملك هل يعد مالكا قراف فبطل

ش يعني أن القرافي عاب قول الأقدمين من ملك أن يملك هل يعد مالكا أم لا؟.

فمن قدر على شرب الخمر أو السرقة فلا يحد إجماعا، مع أن اللفظ يشمل ذلك ومن قدر على ملك النصاب ولم يملك فلا يزكي إجماعا مع أن اللفظ يشملها، وبنحو هذا مما يذكر بعد فبطل جعله قاعدة.

وقول المقرئ السابق وهو: المعبر عنه بمن ملك أن يملك يدل على أن قصد الأقدمين عنده بهذه العبارة هو ما قاله القرافي، وظنه ابن الشاط مرادهم.

وهو مما يقطع به عليهم أعني هذا التأويل، وأنهم لم يقصدوا ظاهر هذه العبارة.

ابن رشد: وكان شيخنا القرافي ينكر هذه القاعدة ويقول: رأيت من كان عنده خمر وهو قادر على شربها، وكذلك السرقة.

ويقول: الذي ينبغي أن يقال من جرى له سبب يقتضي المطالبة بأن يملك هل يعد مالكا لجرى السبب أو لا؟ لفقدان الشرط، مثاله من سرق من الغنيمة، أما من لم يجز له سبب فكيف يعد مالكا.

القرافي: في الفرق الحادي والعشرين والمائة بين قاعدة من ملك أن يملك هل

يعد مالكا أم لا ؟ وبين قاعدة من انعقد عليه سبب مطالبته للملك هل يعد مالكا أم لا ؟ : اعلم أن جماعة من مشايخ المذهب - رضي الله عنهم - أطلقوا عبارتهم بقولهم: من ملك أن يملك هل يعد مالكا أم لا ؟ قولان، ويخرجون على ذلك فروعاً كثيرة في المذهب، إذا وهب له الماء في التيمم، هل يبطل تيممه بناء على أنه يعد مالكا أم لا يبطل بقاء على أنه لا يعد مالكا؟ ومن عنده ثمن رقبة هل يجوز له الانتقال للصوم في كفارة الظهر أم لا ؟ قولان، مبنيان على أن من ملك أن يملك هل يعد مالكا أم لا ؟ .

ومن قدر على المداومة في السلس بالتسري أو التزويج هل يجب عليه الوضوء أم لا ؟ بناء على أن من ملك أن يملك هل يعد مالكا أم لا ؟ وكثير من هذه الفروع زعموا أنها مخرجة على هذه القاعدة، وليس الأمر كذلك، بل هذه القاعدة باطلة وتلك الفروع لها مدارك غير ما ذكروه، وبيان بطلانه أن الإنسان ملك أن يملك أربعين شاة فهل يتخيل أحد أن يعد مالكا قبل شرائها حتى تجب عليه الزكاة على أحد القولين و إذا كان الآن قادراً على أن يتزوج فهل يجري في وجوب الصداق، والنفقة عليه قولان قبل أن يخطب المرأة، ولأنه ملك أن يملك خادماً و دابة فهل يقول أحد إنه عد مالكا لهما فتجب عليه نفقتهما على قول من الأقوال الشاذة أو الجادة، بل هذا لا يتخيله من عنده أدنى مسكة من العقل و الفقه .

وكذلك الإنسان ملك أن يشتري أقاربه فهل يعده أحد من الفقهاء مالكا لقريبه فيعتق عليه قبل شرائه، على أحد القولين، في هذه القاعدة على زعم من اعتقدها بل هذا كله باطل بالضرورة، ونظائر هذه الفروع كثيرة ولا تعد

ولا تحصى كثرة، ولا يمكن أن تجعل هذه من قواعد الشريعة ألبتة بل القاعدة التي يمكن أن تجعل قاعدة شرعية، ويجري الخلاف في بعض فروعها لا في كلها، أن من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك هل يعطي حكم من ملك أم لا؟ صح من الفروق.

الإمام أبو القاسم بن الشاط: ما نسبه إلى مشايخ من أهل المذهب واعتقده منهم من أنهم أرادوا مقتضى عبارتهم المطلقة ليس بصحيح، وما اختاره من عدم إرادة مقتضى الإطلاق هو الصحيح، والظن بهم أنهم إنما أرادوا ذلك والله أعلم انتهى.

القرافي إثر الكلام السابق: ومالك قد يختلف في هذا الأصل بحسب بعض الفروع ولذلك مسائل، فذكر مسائل الغنيمة قبل القسمة، وعاملي القراض، والمساقاة ومستحق الأخذ من بيت المال إذا سرق منه وجعلها محل اختلاف، ومسألة الشريك في الشفعة إذا باع شريكه تحقق له سبب يقتضي المطالبة بأن يملك الشقص المبيع قال: ولم أر خلافا في أنه غير مالك وقد مر أنه من مسائل الخلاف، وأنه مبني على هذا الأصل.

ثم قال: فهذه القاعدة على ما فيها من القوة من جهة قولنا جرى له سبب التمليك في تمشيتها عسر لأجل كثرة النقوض عليها، أما هذا المفهوم وهو قولنا: من ملك أن يملك مطلقا من غير جريان سبب يقتضي مطالبة بالتمليك ولا غير ذلك من القيود فهذا جعله قاعدة شرعية ظاهر البطلان، لضعف المناسبة جدا أو لعدمها ألبتة أما إذا قلنا، انعقد له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك فهو

مناسب لأن يعود مالكا من حيث الجملة تنزيلا لسبب السبب منزلة السبب وإقامة السبب البعيد مقام السبب القريب فهذا يمكن أن يتخيل وقوعه قاعدة في الشريعة أما مجرد ما ذكره فليس فيه إلا مجرد الإمكان والقبول وذلك في غاية البعد عن المناسبة فلا يمكن جعله قاعدة شرعية وتخرج تلك الفروع بغير هذه القاعدة.

ففي الثوب للستر تلاحظ فيه قوة المنة فلا يلزمه، أو أنه إعانة على دين الله ليس من باب تحصيل الأموال فيلزمه، ويكافئ عليه إن شاء، وكذلك القول في الماء يوهب هل ينظر إلى يسارته فلا منة، أو تلاحظ المنة وهي ضرر، والضرر ينفي عن المكلف لقوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار» وقوله تعالى: «وما جعل عليكم في الدين من حرج» وواجد الثمن يتخرج على تنزيل وسيلته منزلته أم لا؟ وكذلك القادر على التداوي إلى غير ذلك من النصوص، والأقيسة، والمناسبات التي اشتهرت في الشريعة اعتبارها، وهي مشتملة على موجب الاعتبار وأما ما لا يشتمل على موجب الاعتبار فلا يمكن جعله قاعدة شرعية بل ينبغي أن يضاف إليه من القيود الموجبة للمناسبة كما تقدم ما يوجب اشتماله على موجب الاعتبار، ونقل النقوض عليه، وتظهر مناسبته، أما عدم المناسبة وكثرة النقوض فاعتبار مثل هذا من غير ضرورة خلاف المعلوم من نمط الشريعة فتأمل ذلك فإنه قد كثر بين المتأخرين خصوصا الشيخ أبا طاهر بن بشير فإنه اعتمد عليه في كتابه المعروف بالتنبيه كثيرا انتهى.

قال بعض الشيوخ: قول المؤلف يتخرج على تنزيل وسيلة الشيء منزلته،

هو معنى قول القائل من ملك ثمن الماء هل يعد أنه ملك الماء أم لا ؟ فغيرت العبارة وما أتيت بشيء، وكذلك القول فيما ذكر من القدرة على التداوي، بل ما ذكره أبعد من أن يكون قاعدة شرعية لأن الشرع قد أسقط ما ذكره من اعتبار الوسيلة لقول النبي ﷺ لما سئل عن قبلة الصائم «أرأيت لو تضمضت بماء فمجمجته أكان يفطرك» أو كما قال عليه السلام فنبه على أن وسيلة الشيء ليست كالشيء فتأمل.

قوله: «قراف» هو فاعل عاب.

وقوله: «فبطل» أي هذا الكلام من حيث ظاهره، وإلا فهو صحيح من حيث التأويل حسبما للمقري وابن الشاط.

من وهل بغسل العضو عنه يرتفع حدثه أم بالفراغ وسمع
إنكار بعض كآبي بكر وقد أجيب عنه، وكذا بحث ورد

ش أي هل يغسل العضو يرتفع حدثه عنه أم لا يرتفع إلا بالكمال والفراغ؟
وعلى هذا الأصل تفريق النية على الأعضاء هل يجزي معه الوضوء أم لا؟
ولابس أحد الخفين قبل غسل الأخرى عند قوم.

واستشكل ابن راشد تفريق النية، وحكى عن بعض أشياخه إنكار القاعدة التي بنى عليها خلاف المسألة.

وقال: لا أصل لهذا وكذا أبو بكر بن العربي في العارضة قال: هذا أصل ما علم في المذهب ولا خطر على بال شيخ منا، ولا قال ذلك مناقض شيخ.

فابن عربي يرى ممن يترك بناء فروع المذهب على أصوله ويطلب لها أصول الشافعية ليغرب بها.

وقال أيضا: طهارة كل عضو بانفراده لا يوجد إلا للشافعية وهو أصل فاسد، لأنه يلزم عليه جواز مس المصحف لمن غسل وجهه و يديه، وهو خلاف الإجماع القرآني، الحدث هنا هو المنع الشرعي من الصلاة ونحوها، والمنع يتعلق بالمكلف لا بالعضو، ولو غسل جميع الأعضاء إلا لمعة واحدة لما ارتفع المنع فهذا القول غير معقول وقبله ابن رشد، وابن الشاط.

ابن عبد السلام: أنكر بعض المتأخري وجود الخلاف في المذهب هل يطهر كل عضو بانفراده، ولا وجه لإنكاره بعد نقل جماعة له، والمسائل الدالة عليه كمسألة تفريق النية على الأعضاء، ولا بس أحد الخفين قبل غسل الأخرى، ولا يضر أن لها أصلا آخر تجري عليه، إذ كثير من المسائل لها أصول تحاول منها فتارة يقع التعارض بين تلك الأصول، وتارة تتضافر كما يكون للحكم الواحد في المسألة الواحدة أدلة كثيرة، إلا أن هذا الخلاف ونقله على هذه الصورة يقتضي أن حكم الحدث أو رفعه مقصور على أعضاء الوضوء خاصة، فإذا غسل الوجه مثلا ففي قول يرتفع الحدث عنه وفي قول لا يرتفع إلا بغسل الرجلين، وهذا يوجب أن بقية الأعضاء لا حدث عليها، حتى أنه يجوز لمحدث أن يمس المصحف بغير أعضاء الوضوء إذ الحدث وارتفاعه إنما يكون فيها وعنهما وهو بعيد انتهى.

فالزم على كون الحدث لا يرتفع إلا بالإكمال أن يجوز للمحدث أن يمس المصحف بغير أعضاء الوضوء، وكذلك الزم عليه أيضا عدم تأثير الحدث في الطهارة إلا بعد كمالها، لأنه إن لم تحصل الطهارة فلا معنى لنقضها فإذا من توضع ثم بال بعد غسل الرجل اليمنى مثلا لم يلزمه غير غسل الرجل اليسرى وهذا هو البحث الذي أشار إليه المؤلف.

ابن عرفة: نفى ابن العربي وجود القول بأن كل عضو غسل ارتفع عنه حكم الحدث بدليل إجماع الأمة على منع من غسل وجهه و يديه من مس المصحف قبل تمام وضوئه.

ويرد بأن الإجماع الذي حكاه ابن العربي إنما هو لاحتمال عدم تمام وضوئه وتام وضوئه كاشف رفعه عما فعل حين فعل ككشف إمضاء بيع الخيار، أنه كان منعقدا يوم نزل.

الأبي: وفيه تكلف، ثم هو غير شديد لمخالفته لقولهم إنه يطهر بالفراغ منه دون انتظار شيء ولذا بنوا عليه مسألة تفريق النية على الأعضاء، ولمخالفته لظاهر الحديث المتقدم.

وأبين من جوابه أن شرط مس المصحف طهارة الشخص لا العضو لقوله تعالى: «لا يمسه إلا المطهرون» فالعضو قد طهر بالفراغ منه ولا يمس المصحف حتى يطهر الشخص.

المقري: قاعدة: اختلف المالكية في الحدث هل يرتفع عن كل عضو بالفراغ منه كما تخرج منه الخطايا، أو بالإكمال، فمن لم يغسل رجله حتى قطعت ولم

يبطل الفور هل يعيد الوضوء وهو مقتضى الإكمال، لأن تعذره لا يوجب رفع الحدث بعد وضعه إلا بدليل، والأصل عدمه أو لا؟ وهو مقتضى الاستقلال؟ ابن العربي: ينكر كون هذا مذكورا في المذهب لا أصلا ولا فرعا، ويشنع على من يضيفه إليه والمثبت مقدم.

وقال أيضا: قاعدة: اشتمال الشيء على الشيء قال ابن أبي زيد: يزول بتجدد سبب المطالبة بالداخل، فمن أحدث في الغسل بعد الوضوء نواه لانقطاع تعلق الجنابة بأعضاء الوضوء فلا تتعلق نيتها بها.

وقال ابن القاسمي: لا يزول ما دام القصد متعلقا بالعام فلا ينويه.

وبنى أيضا على رفع الحدث عن كل عضو أهو بالفراغ منه أم بالإكمال أو على أن الدوام كالإبتداء أو لا؟ وقد عقدت فيه في بعض ما كتبتة فصلا حسنا لمن أرادته انتهى.

وسياتي لهذه القاعدة محل أليق بها من هذا.

قوله: «وسمع إنكار بعض كأبي بكر» البيت - : أي قبل إنكار بعض الفقهاء كالقاضي أبي بكر بن العربي، وجود القول بأن كل عضو يطهر بانفراده بمعنى أن بعضهم قبل إنكاره وصحح اعتراضه، ودخل ابن راشد تحت البعض فيكون قوله: «كأبي بكر» تمثيلا والمراد بالبعض هو ابن راشد فيكون ما بعده تنظيرا.

وأشار بقوله: «وقد أجيب عنه» إلى أجوبة ابن عبد السلام، وابن عرفة، وتلميذه أبي عبد الله الأبي على إنكار ابن العربي، وإياه عنى صاحب إيضاح

المسالك ببعض حذاق تلامذة ابن عرفة.

والبحث الذي أشار إليه بقوله: «وكذا بحث ورد» هو كما مر بحث ابن عبد السلام في أن الحدث لا يرتفع إلا بالإكمال، وإلزامه عليه جواز مس المصحف بغير أعضاء الوضوء وعدم تأثير الحدث في الطهارة إلا بعد الفراغ حتى لا يلزم من بال بعد غسل الرجل غير غسل الرجل اليسرى.

هي وهل تعدى رخصة محلها عليه كالنجس هل أبطلها
معصية كسفر لبس وهل كذا كراهة تردد نقل

ش هذان الأصلان يتعلقان بالرخصة وهي: المشروع لعذر مع قيام المحرم لولا العذر.

الأصل الأول: الرخصة هل تتعدى محلها إلى مثل معناه أم لا؟ المقرري: بخلاف الأدنى والأخرى فيتفق في الأدنى على انتفاء التعدي، وفي الأخرى على ثبوته.

وعلى هذا الأصل ثوب الظئر النجس هل يقاس على ثوب الأم أم لا؟ وظاهر كلام ابن الحاجب، وخلييل والترخيص لها وفرق ابن ناجي بين المضطرة وغيرها.

أبو الحسن الصغير: ومن هذا المعنى الجزار، والكناف، وانظر الظئر.

الوانوغي: ألحق بعضهم الجزار والكناف فإذا صح إلحاقهما فالظئر أحرى،

ويشملها لفظ الأم، والعلة موجودة فلا معنى للتوقف فهو أقوى.

الأصل الثاني: هل تبطل المعصية الترخيص أم لا؟ وعليه الخلاف في قصر العاصي بالسفر كالأبق والعاق بسفره ويمسح المحرم والعاصي بسفره وفطره، والأصح عدم الترخيص له ما لم يتب إلا في تناول الميتة فإن الأصح الترخيص حفظاً للنفس، بل ترك الأكل معصية.

ابن عبد السلام: والحق أنه لا ينتفي من الرخص بسبب العصيان بالسفر إلا رخصة يظهر أثرها في السفر دون الحضر كالقصر، والفطر، وأما رخصة يظهر أثرها في السفر والإقامة كالتيتم، ومسح الخفين فلا يمنع العصيان منها انتهى.

وإذا قلنا لا يترخص بسبب المعصية فهل كذلك المكروه، كصيد اللهو لطلب الكف عنه أم يترخص لأنه من قبيل الجائز، فيه خلاف والأول أصح.

وأما على قول ابن عبد الحكم بإباحة الصيد للهو فلا إشكال في أنه يقصر، ومن المكروه السفر إلى أرض العدو أو بلد السودان.

قال الإمام أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: اختلف المالكية في الرخص أهى معونة فلا تتناول العاصي أم تخفيف فتتناوله؟ وأقول على المعونة إنه يستعين بها على العبادة فيتميم استعانة على الصلاة لا على السفر، ولا يفطر ولا يقصر إذا قلنا إن القصر مباح وهو الصحيح، لا يقال عقوبة على الإصرار، لتكمنه من التوبة، لأننا نقول: العقوبة على المعصية بالمعصية تكثير لها «وطبع الله عليها بكفرهم» لا يقاس عليه فإن الله يحكم ما يشاء، ولهذا قال ابن العربي:

لا يستوفي القصاص بالمعصية كالخمر، والفاحشة وهي قاعدة أخرى .

وأصلها أن كل ما هو مطلوب الانتفاء لا يصير مطلوب الوجود إلا بنص أو معارض أقوى، وعلى أنه لا يترخص، يعني المكروه كصيد اللهو خلاف على قاعدة منافاة الكراهة للمعونة لطلب الكف، أو عدم منافاتها لجواز الفصل أي على أي الشائبتين تغلب والظاهر تساويهما فيكره.

قوله: «وهل تعدى رخصة محلها» أي تعدى أم لا؟ وتعدى بضم التاء مبنيًا للمفعول أو بفتحها بحذف إحدى التائين.

قوله: «كالنجس» أي نجس ثوب الظئر، أو ثوب الظئر النجس فالتقدير الأول على فتح الجيم.

والثاني على كسرهما، وفي بعض النسخ «كالسلس» أي ذي السلس يؤم غيره، أو يصلى غيره بثوبه، ونحو ذلك.

وفي معناه ذو القروح، وهو داخل تحت الكاف.

قوله: «تردد نقل» يحتمل أن يكون جواباً عما يليه، وهو المكروه، ويقدر مثله لكل من الأولين، أو يقدر لهما فيه خلاف و الأول أحسن، أي هل تعدى رخصة محلها أم لا؟ نقل في ذلك تردد، وهل إبطال الرخصة معصية أم لا؟ نقل في ذلك تردد.

وعلى إبطال المعصية للرخصة فهل الكراهة كذلك، أو هي كالإباحة نقل

أيضا فيه تردد، ويحتمل كونه جوابا عن الجميع، أي تردد نقل في كل من الثلاثة.

ابن شاس: في المكروه تردد.

ابن عبد السلام: والظاهر أن الكراهة لا تمنع الترخيص لأن الأصل في هذا كله إنما هو اشتراط نفي البغي و العدوان في أكل الميتة، وفاعل المكروه ليس بباغ ولا عاد.

فصل

أي فصل الصلاة.

من هل كل جزء من صلاة مستقل أم أول وقف لآخر قبل عليه طارئ العتق فيها والنجس وأمكن السترونزع ما لبس

ش أي هل كل جزء من الصلاة مستقل أم أولها موقوف على آخرها المقبول شرعا؟ اختلفوا فيه.

والأول قول الشافعي وعليه طرو العتق في الصلاة لمكتشفة الرأس والنجاسة على المصلي وأمكن السترونزع بسرعة، هل تقطع أم لا؟.

وكذلك العريان يجد ثوبا وأما لو بلغها فقولان أيضا على حكم النسخ هل يلزم بالوقوع، أو بالبلاغ وعليه تصرف الوكيل والقاضي وإمام الجمعة.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: اختلف المالكية هل كل جزء من الصلاة قائم بنفسه كالشافعي، أو صحة أولها متوقف على صحة آخرها؟ وعليه لو طرأ العتق في الصلاة لمنكشفة الرأس والنجاسة على المصلي وأمكن السترونزع بسرعة، فهل تقطع أم لا؟ وأما لو بلغها فقولان أيضا، على حكم النسخ هل يلزم بالوقوع أو بالبلاغ وهي أصولية وعليها بنى اختلافهم في تصرف الوكيل بينهما أيضا.

وقال أيضا: قاعدة: اختلف المالكية هل كل جزء من الصوم قائم بنفسه أم آخره مبني على أوله؟ وعلى الأول تبطل نيته بالقصد إلى الفطر وعلى الثاني لا تبطل.

قوله: «أم أول وقف لآخر قبل» أي أم أولها وقف أي ذو وقف أو موقوف على آخره قبل شرعا، فوقف على حذف المضاف.

أو أريد به المفعول ومراده بالقبول الصحة وكثيرا ما يطلق على ما هو أخص من الصحة، وهو ترتيب الثواب على العبادة.

قوله: «عليه طارئ العتق فيها» - البيت - أي على هذا الأصل مسألة العتق الطارئ على الأمة المنكشفة الرأس في الصلاة، وهي متمكنة من ستره، هل تستره و تتمادى أو تقطع، وكذا لو طرأ النجس على المصلي وأمكن نزعه هل ينزعه أو يتمادى أو تبطل.

فقوله: «وأمكن الستر ونزع ما لبس» مرتب على ما قبله فإمكان الستر راجع إلى طارئ العتق وإمكان نزع ما لبس راجع إلى المصلي بالنجس.

والستر: بفتح السين إذ المراد به الفعل كالنزع وإضافة الطارئ إلى العتق من إضافة الصفة إلى الموصوف والنجس بتقدير مضاف، وجار ومجرور، أي وطارئ النجس فيها.

ولبعض شيوخ شيوينا بحث ظاهر في تنزيل هذه القاعدة على مسألة الأمة،

قال ما نصه: يظهر لي أن مسألة الأمة الآخر فيها متوقف على صحة أولها، إذ يصدق عليها أنها صلت صلاة بعضها بقناع، وهو الآخر، وبعضها بغير قناع وهو الأول.

ومسألة النجاسة هي على العكس من مسألة الأمة، إذ يصدق عليها أن بعضها صلى بنجاسة وهو حين وقع النجاسة وهو الآخر، وبعضها صلى بغير نجاسة وهو الأول، فالأول في هذه موقوف على الآخر، فعلى هذا ينبغي أن يقال في القاعدة هل كل جزء من الصلاة قائم بنفسه أم بعضها متوقف على بعض انتهى.

قلت: قد عبر الإمام أبو القاسم البرزلي عن هذه القاعدة بمثل ما اختاره هذا الشيخ، وذلك أنه قال: أثر ذكر مسألة الأمة وتخرج عندي على جزء من الصلاة هل هو مستقل بذاته أو كلها كشيء واحد، وهي مسألة ناسي سجود الأولى وركوع الثانية هل يضيف سجود الثانية لركوع الأولى أم لا؟ ونحو ذلك، من ذكر نجسا في الصلاة وأمكنه نزعها.

قلت: ولو قال الناظم: «وبعضها وقف على بعض قبل» لكان موافقا لكلام البرزلي ولم يرد البحث، وهذه القاعدة شبيهة بالقاعدة المتقدمة في الطهارة، وهي كل عضو غسل ارتفع عنه حكم الحدث - إلى آخرها - فالصدر يشبه الصدر والعجز يشبه العجز، فافهم.

ص وهل تقدر التي تشترك بأولى أو أخرى لوقت يدرك

ش أي هل تقدر الصلاة التي تشترك لأجل إدراك الوقت بالأولى، أم بالأخرى؟ وهي معنى قولهم هل التقدير بأولى المشتركين، أم بالأخرة؟.

وعليه قدوم مسافر وطهر حائض وشبه ذلك لأربع قبل الفجر، فالقول الأول مبني على أن الإشتراك بينهما من أول الوقت إلى آخره وسبقية الأولى مبطله حصه الثانية من الوقت.

والثاني: مبني على أن الأولى تختص بمقدارها من أول الوقت حضرية أو سفرية والثانية تختص بمقدارها من آخر الوقت، حضرية أو سفرية.

ابن الحاجب: والمشتركتان الظهر والعصر، والمغرب والعشاء لا تدركان معا إلا بزيادة ركعة على مقدار الأولى، عند ابن القاسم وأصبغ.

وعلى مقدار الثانية عند ابن عبد الحكم، وابن الماجشون، وابن مسلمة وسحنون وعليهما اختلفوا إذا طهرت الحائض لأربع قبل الفجر، قال أصبغ: سألت ابن القاسم آخر مسألة فقال: أصبت وأخطأ ابن عبد الحكم. وسيل سحنون فعكس.

ولو طهرت المسافة لثلاث فقولان، على العكس، فلو حاضتا فكل قائل بسقوط ما أدرك انتهى.

ولابن عبد السلام هنا بحث حسن قال ما نصه، والظاهر - والله أعلم - إن كان الاشتراك يعم الوقت فينبغي أن تدرك الصلاتان بركعتين فأكثر وسبقية

الأولى ليست بمبطله حصة الثانية من الوقت، والبحث فيه قريب من البحث في شرطية الطهارة في الإدراك، وعدم الشرطية هنا أظهر إذ لا نزاع في شرطية الطهارة.

للصلاة فقد تكون شرطا في إدراك وقتها، وتقديم الأولى على الثانية لا تبين شرطية في الثانية كل التبين كما في الطهارة.

وأما إن بنينا على الاختصاص فينبغي أن يكون التقدير بالثانية لا بالأولى إذ ما زاد من الوقت على الثانية هو الذي يكون للأولى، فيترجح مذهب ابن عبد الحكم بناء على الاختصاص، ولا يحصل إدراك شيء من الصلاتين بركة واحدة على القول بتعميم الإشتراك انتهى.

قال الإمام أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: قالت المالكية: الجمع دليل الاشتراك لأن الأصل وقوع كل صلاة في وقتها ومهما تعين الجمع أمكن لدفع التعارض.

ثم اختلفوا: هل تشترك الصلاتان من أول وقت الأولى إلى آخر وقت الثانية أو تختص الأولى من أول وقتها و الثانية من آخر وقتها بمقدارها حضرية أو سفرية، فإذا طهرت الحائض لأربع ركعات، فإن قلنا بالأول صلت المغرب و العشاء، وإن قلنا بالثاني صلت العشاء فقط.

قاعدة: مذهب ابن القاسم أن آخر الوقت لأول الصلاتين، وقال سحنون: الآخر للأخرة، قال أصبغ: آخر مسألة سألت عنها ابن قاسم إذا طهرت المسافرة قبل الفجر لثلاث، فقال تصلي العشاء فقط، فذكر ذلك سحنون فقال: هي مدركة للصلاتين فابن القاسم يرى أن الصلاتين لا تدركان إلا

بزيادة ركعة على مقدار الأولى، فهي عنده في مقابلة الثانية، وسحنون على مقدار الثانية، فهي في مقابلة الأولى.

ولو صلت العصر أولا ثم حاضت لأربع ففي سقوط الظهر قولان على القاعدة وهي فرع القاعدة قبلها انتهى.

قلت: انظر ما نسبه لابن القاسم من أن آخر الوقت لأول الصلاتين، ولعل نسبته لا تصح بل ولا يصح أيضا في نفسه.

خليل: والمعلوم أن آخر الوقت إما أن تختص به الأخيرة أو تشاركها الأولى أما أن يكون للأولى وليس للأخرة فيه حظ فلا، ويلزم عليه في السقوط والإدراك أشياء لا قائل بها صحح من التوضيح.

نعم كثيرا ما يقال إذا أريد إدخال الرواية التي في الجلاب فيمن سافر لثلاث إلى ركعة قبل الفجر أن العشاء حضرية خلاف الرواية المعروفة أنها سفرية هل آخر الوقت لأخرى الصلاتين أو أولاهما وإنما المعلوم ما تقدم ولا يؤخذ ما نسبه المقري لابن القاسم، من تقديره بالأولى، إذ قد وجه بخلاف ذلك، وهو أن أولى الصلاتين لما وجب تقديمه على الأخرى فعلا وجب التقدير بها.

ووجه الثاني بأن الوقت إذا ضاق ولم يسع إلا إحدى الصلاتين فالذي يجب عليه إنما هي الأخيرة اتفاقا، بدليل أن من أدرك أربع ركعات قبل المغرب إنما تجب عليه العصر فقط اتفاقا، فإذا تزاممت الصلاتان على آخر الوقت، تثبت الأخيرة وتسقط الأولى فدل على أن آخر الوقت مستحق لآخر الصلاتين.

قوله: «وهل تقدر التي تشترك» أي الصلاة التي تشترك في الوقت الضروري - وهي الظهر و العصر والمغرب والعشاء - ولا يريد الاختياري لعدم دخول المغرب والعشاء حينئذ لضيق وقت المغرب على المشهور فالوقت الذي وقع التزاحم عليه هو الضروري وفي بعض النسخ «اللوا» بدل «التي» وهي من جموع التي.

قوله: «لوقت يدرك» اللام للتعليل فيتعلق بتقدر، أو هي لام المال فيتعلق بمحذوف دل عليه الكلام، أي اختلف لإدراك الوقت بمعنى أن يؤول الخلاف إلى ذلك، والله تعالى أعلم.

ص هل يخرج السلام عنها سهوا نعم ولا تكن ذاك أقوى
عليه هل يرجع بالإحرام ثلاثة كالشرب والطعام

ش قال صاحب التوضيح: اختلف في السلام سهوا هل يخرج المصلي عن حكم صلاته أو لا؟ على قولين حكاهما صاحب البيان وغيره.

ونسب في المقدمات القول بأنه لا يخرج لأشهب وابن الماجشون واختيار ابن المواز وعليه يرجع إلى الصلاة بغير إحرام.

والقول بالخروج لابن القاسم في المجموعة، ورواه عن مالك، وهو قول أحمد بن خالد.

وعليه فيرجع إليها بإحرام، وهذا الخلاف إنما إذا سلم قاصدا للتحليل وهو يرى أنه قد أتمها ثم شك في شيء منها، وأما إن سلم ساهيا قبل تمام صلاته فقال

في المقدمات: لا يخرج بذلك بإجماع انتهى.

وقال أيضا بعد، على قول ابن الحاجب: وبني بغير إحرام إن قرب جدا اتفاقا وإلا فقولان: في هذه المسألة ثلاثة أقوال: قول: بأنه يحرم مطلقا نقله الباجي عن مالك من رواية ابن القاسم ونقل القوم بعدم الإحرام عن بعض القرويين، واستبعده و نقله بعضهم عن مالك في العتبية، والثالث بالتفصيل، إن قرب لم يحرم وإن بعد أحرم.

وعلى هذا فينتقض الإتفاق الذي ذكره المصنف وإن كان قد تبع فيه ابن بشير. وقد قيل إن بعض أصحاب المصنف لراجعه في ذلك فتوقف وأشار أن يجعل مكان الإتفاق على الأكثر وكذلك يوجد في بعض النسخ على أن الإتفاق يمكن أن يكون عائدا على البناء أي يبني في القرب جدا اتفاقا.

وقوله: «وإلا فقولان» قال المازري: المشهور إذا قرب ولم يطل جدا أنه يرجع بإحرام، وهذا كله مقيد بما إذا لم يطل جدا، أما إذا طال لم يصح له البناء على المشهور خلافا لما في المبسوط.

قوله: «نعم» هو إشارة إلى القول الأول بالإخراج وهو قول ابن القاسم وروايته وابن الماجشون، واختيار محمد أي قيل نعم وقيل لا.

قوله: «لكن ذاك أقوى» الإشارة إلى القول الأول أي أصح من جهة النظر وهو أيضا المشهور.

قوله: «ثلاثة» أي ثلاثة أقوال، وقد تقدمت والأولان على القاعدة والثالث

على أن ما قرب من الشيء له حكمه .

والأول في الرسالة وهو اختيار الباجي موجب الإحرام عنده القصد إلى الخروج منضمًا إلى السلام .

قوله: «كالشرب و الطعام» يعني ما إذا أكل أو شرب بعد أن سلم من اثنتين مثلاً سهواً فعلى أن السلام سهواً يخرج عن حكم الصلاة تبطل، وعلى عدم إخراجها ينجبر بالسجود، وليس الخلاف في الأكل والشرب كالخلاف في مجرد السلام سهواً، لأن مجرد السلام لا يبطل اتفاقاً، وإنما اختلف هل يوجب الإحرام أم لا ؟ بخلاف الأكل و الشرب فالخلاف في البطلان، و الانحياز بالسجود فإذن التشبيه إنما هو في جنس الإخراج، وان اختلف النوع، إذ نوعه الأول الرجوع بالإحرام وعدمه .

وفي الثاني البطلان وعدمه وقد قسم في المقدمات الفعل اليسير في الصلاة من غير جنسها على ثلاثة أقسام: منها: ما يجوز كقتل عقرب تريده ولا شيء فيه .

ومنها: ما يكره كقتلها وهي لا تريده فهذا يتخرج السجود فيه على قولين ومنها: ما يمنع كالأكل و الشرب، فهذا قيل يسجد له، وقيل تبطل الصلاة أبو عمرو بن الحاجب: وفيها: إذا سلم من اثنتين فأكل و شرب - وجاء أو شرب - بطلت .

وفيها: إذا أكل أو شرب في الصلاة أجزاءه سجود السهو .

ف قيل: اختلاف، وقيل: لا، وفرق بالكثرة إما لأن الأولى مع السلام، وإما لأن فيها أكل وشرب، وهذا أو شرب.

من هل اجتهاد أم إصابة تجب عليه قبلة كمسكين كذب
إن لم يل الوالي وإلا جوزا وراعف و خارص ذبح جزا

ش أي اختلف هل الواجب الاجتهاد أم الإصابة وقد مر أن هذا الأصل في معنى ما تقدم من قولنا الحكم فيما ظاهره الصواب والحق وباطنه خطأ وباطل هل يغلب حكم الظاهر فتنفذ الأحكام، أم يغلب حكم الباطن على حكم الظاهر فترد الأحكام.

وعلى هذا الأصل الخطأ في القبلة ومسكين الزكاة، والكافر وجزاء الصيد وفدية الأذى وشبه ذلك وتعذر رده.

وخطأ الخارص أي خارص الثمر والعنب يتبين غلظه بأن زاد ذلك على تخريصه هل يزكي الزائد أم لا؟.

قوله: «كمسكين» أي كمسكين قال أنا فقير، فاجتهد فيه، فظنه كما قال فأعطاه هل تجزئه؟ ومن ظن فراغ الإمام بعد غسل الرعاف فآتم مكانه ثم أخطأ ظنه وبالعكس.

ومن تحرى صلاة الإمام وذبحه ثم تبين الخطأ هل يجزىء ذبحه أم لا؟ وكذا جزاء الصيد إذا تبين خطأ الحكمين فيه هل يجزىء، أم لا؟ وشبه ذلك مما يدخل تحت الكاف، كما لو تطهرت حائض بنجس ثم علمت بحيث لو أعادت خرج

الوقت، ففي القضاء قولان بناء على الإصابة أو الاجتهاد.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: اختلف المالكية في المطلوب بالاجتهاد أهو الحكم و الإصابة، أم استفراغ الوسع المستلزم لهما غالبا، فإذا اجتهد في قبلة فأخطأ فقبل: تلزمه الإعادة كالشافعي.

وقيل: لا، كالنعمان إلا أنها تستحب في الوقت للخلاف، وأقول: المطلوب الإصابة، ثم أفرق في الإعادة بين الرجوع إلى العلم أو الظن.

ولو تطهرت الحائض بماء نجس ثم علمت بحيث لو أعادت خرج الوقت ففي القضاء قولان، ولو ظن الغني فقيرا ففي الأجزاء قولان ولو أخطأ الخارص ففي السقوط قولان.

قوله: «كمسكين كذب» أي كمسكين في دعواه ثم كشف الحال أنه كاذب فيها.

قوله: «إن لم يل الوالي و إلا جوزا» أي هذا الخلاف إن لم يل الوالي تفرقتها و إلا أجزاء اتفاقا، وقد مر التنبيه على هذا عند قول المؤلف في القاعدة السابقة «كمصرف».

وفي بعض النسخ يجتزا، بدل جوزا.

قوله: «وراعف وخارص ذبح جزا» يحتمل أن تقرأ بالرفع عطفًا على قبلة،

وبالخفض عطفًا على مسكين و أراد بالجزأ: أجزاء الصيد إذا حكم به عدلان، ثم تبين أنه يساوي أكثر مما حكما به.

ص هل كل من له اجتهاد واجد فيها لظن نسبت أو واحد

ش أي هل كل مجتهد في الفروع الظنية مصيب، أو المصيب واحد لا يعنيه؟ اختلفوا فيه، ومن ثم، أجمعوا على أجزاء صلاة المالكي خلف الشافعي وبالعكس وإن اختلفا في مسح الرأس وغيره من الفروع حكى هذا الإجماع المازري.

واعتذر عن قول أشهب: من صلى وراء من لا يرى الوضوء من القبلة أعاد أبدا بأنه رأى الوضوء من القبلة كالأمر القطعي، وقوى بإعتذاره بقول أشهب: بخلاف مس الذكر، لأنه رآه ليس كالقطعي.

وخرج اللخمي الخلاف في جوازاتمام أهل المذاهب الفروعية الظنية من قول أشهب.

ابن راشد: وفيما قاله المازري نظر ومن أين لأشهب دليل قطعي على وجوب الوضوء من القبلة، وقد قال ابن الخطيب في محصولة: الدلائل السمعية لا تفيد اليقين إلا بنفي تسع احتمالات وما أظن ذلك بوجود، نعم إن مراتب الظنون تقوى وتضعف وبالجملة فاستقراء اللخمي صحيح.

ابن عبد السلام: ليس هناك إجماع وقد نص الشافعية على الخلاف عندهم في ذلك بل ظاهر كلام المازري في كتاب الأفضية وجود الخلاف في ذلك، لأن في العتبية عن ابن القاسم ولو أعلم أن أحدا لا يقرأ في الركعتين الأخيرتين ما

صليت خلفه .

ابن عرفة: فما اعتذار المازري عن قول سحنون يعيد من ائتم بمن لا يرى
الوضوء من القبلة أو مس الذكر ما لم يطل .

ابن عرفة: فالإجماع المذكور في الخلاف هو من حيث اعتقاده، لا من حيث
تركه ما يوجبه المأموم فهل هو المخرج فيه .

وكذا لابن عبد السلام وعليه إذا اختلف اجتهاد رجلين في القبلة، أو الأواني،
أو الأثواب التي بعضها نجس هل يؤم أحدهما الآخر أم لا ؟ .

ابن الحاجب: في القبلة و إذا اختلفا لم يأتما .

ابن عبد السلام: هذا بين وهو فيه أبين منه في مسألة الأواني إذا كثرت .

ابن راشد: ورأيت في بعض كتب المالكية جواز الا تتمام مع كراهة فيصلي
كل واحد إلى الجهة التي أداه إليها اجتهاده .

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: القرافي: لا يجري القول بأن كل
مجتهد مصيب في القبلة لتعارض أدلة الأحكام دون أدلة القبلة، فلا يقع الخلاف
فيها بين عالمين، لكن بين عالم و جاهل .

قلت: ومن ثم قال المالكية: لا يأتما بخلاف من يوجب الفاتحة مثلا بمن لا
يقرأها .

وأصل القاعدة أن تعين الحكم يمنع تعدد المصيب و بالعكس كأحد الإنائين و

الثوبين، وكالعقليات ونحو ذلك، ومن قال المصيب واحد فإنما قاله لأنه اعتقد أن لله عز وجل في الإجتهاديات أحكاما معينة أمر المجتهدين بالبحث عنها، وعذرهم بعد استفراغهم الوسع بعدم إصابتها بل أجرهم على بذل جهدهم في طلبها وهو الأقرب.

ومن قال كل مجتهد مصيب فما قاله إلا على اعتقاد أن لا حكم إلا ما ظن المجتهد فيها فالأحكام تابعة للظنون وليس في نفس الأمر حكم معين وهذا يقول حكم الله عز وجل في هذه الواقعة التحليل و التحريم لشخصين أو لشخص في وقتين انتهى.

قال في إيضاح المسالك تنبيه: قد تقرر مذهباً أنه لا يجوز تقليد أحد المجتهدين للآخر في مسألة القبلة و الأواني و جاز ذلك في أكثر المسائل الفروعية قيل: إن الشافعي - رحمه الله تعالى - سئل عن هذه المسألة فقبل له: لم جاز أن يصلي المالكي خلف الشافعي و بالعكس و ان اختلفا في كثير من المسائل و الفروع و لم يجز لكل واحد من المجتهدين في الكعبة و الأواني أن يصلي خلف المجتهد الآخر؟ فسكت و لم يجب عن ذلك.

وأجاب الشيخ عز الدين بن عبد السلام - رحمه الله تعالى - عن ذلك بأن قال: الجماعة للصلاة مطلوبة للشارع فلو قلنا بالإمتناع من الإلتزام خلف من يخالف في المذهب، لأدى إلى تعطيل الجماعات إلا في حالة القلة، أو قلة الجماعات و إذا منعنا من ذلك في القبلة ونحوها لم يخل ذلك بالجماعة كبير خلل لندرة وقوع مثل هذه المسائل، وكثرة وقوع مثل هذه المسائل وكثرة وقوع

الخلاف في مسائل الفروع وهو جواب حسن.

قال القاضي أبو الدعائم سند ابن عنان المصري: إنما صحت صلاة أرباب المذاهب بعضهم خلف بعض لاعتقادهم أنهم يفعلون ما اختلفوا فيه، فالشافعي مثلاً وإن لم يوجب إلا شعرة واحدة من مسح الرأس فإنه يمسح المجموع، وكذلك الحنفي وإن لم يوجب الفاتحة إلا في ركعة قال: ولهذا قال ابن القاسم: لو علمت أن أحدا يترك القراءة في الأخيرتين ما صليت وراءه. فائدة: قال الشيخ العلامة الضابط الرحال أبو عبد الله محمد بن رشيد بضم الراء وفتح الشين المعجمة، في رحلته وهو كتاب حسن غزير النفع جليل الفوائد لقيت الشيخ تقي الدين بن دقيق العيد أول يوم رأيته بالمدرسة الصالحية دخلها حاجة عرضت له، فسلمت عليه وهو قائم، وقد حف به جمع من طلاب العلم، وعرضت عليه ورقة وقد سئل فيها عن البسملة في قراءة فاتحة الكتاب في الصلاة، وكان السائل فيها ظننته مالكيًا.

فمال الشيخ في جوابه إلى قراءتها للمالكي خروجاً من الخلاف، في إبطال الصلاة بتركها وصحتها مع قراءتها فقلت: يا سيدي اذكر في المسألة ما يشهد لاختياركم.

فقال: وما هو؟ فقلت: ذكر أبو حفص - وأردت أن أقول الميانشي فغلطت وقلت: ابن شاهين - أنه قال: صليت خلف الإمام أبي عبد الله المازري فسمعتة يقرأ «بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين» ولما خلوت به قلت له: يا سيدي سمعتك تقرأ في صلاة الفريضة كذا.

فقال: أو قد تفتنت لذلك؟ فقلت له: يا سيدي أنت اليوم إمام في مذهب مالك، ولا بد أن تخبرني.

فقال لي: اسمع يا عمر قول واحد في مذهب مالك أن من قرأ «بسم الله الرحمن الرحيم» في الفريضة لا تبطل صلاته، وقول واحد في مذهب الشافعي إن من لم يقرأ «بسم الله الرحمن الرحيم» بطلت صلاته، فأنا أفعل ما لا تبطل به صلاتي في مذهب إمامي وتبطل بتركه في مذهب غيره لكي أخرج من الخلاف.

فتركني شيخنا - رضي الله عنه - حتى استوفيت الحكاية وهو مصغ لذلك، فلما قطعت كلامي قال: هذا حسن، إلا أن التاريخ يأبى ما ذكرت، فإن ابن شاهين لم يلق المازري.

فقلت: أنا أردت الميانشي فقال: الآن صح ما ذكرته انتهى.

تنبيه: ظاهر هذه الحكاية يدل على أن التقليد لا يرفع الخلاف، وهو خلاف ما صرح به شهاب الدين في قواعد ابن عبد السلام في شرحه.

وذكر حافظ المغرب القاضي أبو الفضل راشد في بعض ما قيد في المسألة قولين أحدهما: أن أحد الخصمين إذا التزم قول مالك في نفي حكم أو إثباته أو في نفي ضمان عن أحد الخصمين و ثبوته على الآخر، وفي الحادثة قولان أن تراضيهما بذلك كقول مجمع عليه قد التزمه، وليس لأحدهما نزوع عن ذلك والثاني: أن الخلاف لا يرفعه من ذلك إلا الحاكم إذا نزع أحدهما.

وعزاه إلى محمد بن عمر بن لبابة، وما للمتيطي في النكاح، والسلم وغير

ذلك من هذا النمط معلوم.

والقول بمراعاة الخلاف قد عابه جماعة من الفقهاء، ومنهم اللخمي و عياض وغيرهما من المحققين حتى قال عياض القول بمراعاة الخلاف لا يعضه القياس.

وللشيخ المحقق أبي عبد الله بن عرفة - رحمه الله تعالى - في القول بمراعاة الخلاف جواب كبير يطول بنا جلبيه.

فأجاب شهاب الدين - رحمه الله - عن مسألة الشافعي بجواب ينبني على قاعدة وهي: أن قضاء القاضي متى خالف إجماعاً أو قياساً جلياً أو نصاً صريحاً، أو القواعد فإننا ننقضه كما سلف تقريره، فإذا كنا لا نقر حكماً تأكد بقضاء القاضي فأولى أن لا نقره إذا لم يتأكد، فعلى هذا لا يجوز التقليد في حكم هو بهذه المثابة لأننا لا نقره شرعاً، وما ليس بشرع لا يجوز التقليد فيه، فعلى هذه القاعدة كل من اعتقدنا أنه خالف الإجماع لا يجوز تقليده، فإذا كانت القاعدة هذه، حصل الفرق باعتبارها، وبيانه بذكر أربع مسائل، تأمل تمامه في الفرق السادس والسبعين.

تنبيه: قد نظم بعض النبلاء المواضع الأربعة التي ينقض فيها حكم الحاكم فقال:

إذا قضى حاكم يوماً بأربعة	فالحكم منتقض من بعد إبرام
خلاف نص وإجماع وقاعدة	ثم قياس جلى فذلك إفهام

قوله: «هل كل من له اجتهاد واجد» - البيت - واجد الأول بالجيم بمعنى

مصيب و ما واقعة على الأحكام أو الفروع، أو إلى ما يعود ضمير نسبت و أنه مراعاة لمعناها أي هل كل من له اجتهاد مصيب في الأحكام التي نسبت للظن، أي في الأحكام الظنية، أم المصيب فيها واحد لا بعينه؟.

واحترز من الأحكام القطعية فالمصيب فيها واحد قطعاً.

هل عدد للركعات ينوى

أي اختلف هل تعتبر نية عدد الركعات أم لا؟ وعليه لو نوى القصر فآتم وعكسه ومن ظن الظهر جمعة وعكسه.

ومن آتم بعد نية القصر وعكسه ومن رعى في الجمعة قبل أن يتم ركعة منها فابتدأ ظهراً، هل يبنى بإحرام أم لا؟ ومن ترك نية القصر والإتمام ساهياً أو متعمداً أو مضرباً فآتم أو قصر ففي الصحة قولان كما إذا جهل المسافر أمر إمامه، أو اعتقد حالة وظهر خلافها.

ابن رشد: في النفس من هذا شيء وأي دليل من السنة أو من القياس يدلنا على تعيين عدد الركعات، ولا خلاف أن الحاضر إذا نوى ظهر يومه ونحوه أن صلاته صحيحة ونحوه لابن عبد السلام.

ابن عرفة: قول المازري وابن بشير في لزوم نية عدد الركعات قولان، خلاف قول ابن رشد لو نوى منوى إمامه جاهلاً قصره وإتمامه أجزاء اتفاقاً.

هل مشبه كشيء يقوى

س أي اختلف هل المشبه يقوي قوة المشبه به أم لا ؟ والمشهور الثاني ومن ثم كان مشهور مذهب مالك أن لا جزاء في صيد المدينة .

قوله : « كشبهه » يتعلق بيقوى .

قال القاضي : أبو عبد الله المقري : قاعدة : من الأقوال المشهورة أن المشبه لا يقوى قوة المشبه به ، فمن ثم كان مشهور مذهب مالك أن لا جزاء في صيد المدينة .

س وهل لبعض ما لكل من خيار وهل في الانتشار معنى الاختيار
لأول النفل وتكفير وما لثان الصوم وحد علما

س اشتمل كلامه على أصليين : الأول : التخيير في الجملة هل يقتضي التخيير في الأبعاض أم لا ؟ يعني هل ما ثبت لكل من خيار ثابت لبعضه .

الثاني : الانتشار هل هو دليل الاختيار أم لا ؟ .

وعلى الأول تبعض الكفارة ، وهي الكفارة الملققة من جنسين أو أكثر كإطعام خمسة وكسوة خمسة . وإذا افتتح النفل قائما ثم شاء الجلوس ، وفيها قولان لابن القاسم و أشهب بخلاف العكس وذلك أنه خير أولا بين أن يطعم عشرة ، أو يكسوهم ، فهل يسوغ له أن يكسو خمسة أو يطعم خمسة مثلا ؟ وبين أن يصلي قائما أم جالسا ، فهل يسوغ له أن يقف في ركعة و يجلس في أخرى مثلا .

وعلى الثاني : الخلاف في وجوب الكفارة على المكره بفتح الراء أي المكره على الجماع في رمضان هل تلزم الكفارة المكره أو المكره .

وفي مختصر خليل: وفي تكفير مكره رجل للجماع قولان.

ومثله لابن الحاجب: وفي حد المكره على الزنى ثالثها إن انتشر حد بخلاف المكره فإنها لا تحد.

قوله: «وما لثان الصوم وحد علما» ما موصولة مبتدأ صلته، المجرور، وخبره الصوم أي والذي ثبت للأصل الثاني الصوم والحد، وأظهر من هذا أن صلة ما هو علم أي ما علم لثان الصوم والحد.

ص وهل إلى موجود أو مقصود نظره كناكح والعيد
ومقتد وزائد ومن رعب أو شك أو أرسل والذي حلف

ش أي اختلف هل النظر إلى الموجود، أو المقصود؟ وسيأتي نحو هذا الأصل وهو اختلاف المالكية في فساد الصحيح بالنية وعليه لو تزوج امرأة زوجها غائب وهذا الزوج لم يعلم بموت الزوج الغائب فلم يفسخ نكاحه حتى ثبت أن الزوج الغائب مات وانقضت عدة الزوجة قبيل عقد هذا الثاني نكاحها هل يمضي النكاح لما صادف محله أم لا؟.

أو تزوجها من يظنها معتدة فإذا هي برية أو تزوجها بخمر فإذا هي خل نظرا إلى ما دخل عليه أو انكشف الأمر به.

ومن أفطر يوم ثلاثين من رمضان متعمدا منتهكا ثم تبين أنه العيد، هل عليه كفارة أم لا؟ والقولان حكاهما ابن القصار.

وكمّن دخل خلف من يظنه يصلي الظهر فإذا به يصلي العصر، هل تبطل

صلاته أم لا أو صلى بالناس ضانا انه لم يصل ثم تبين انه صلى وحده هل تلزمهم الإعادة أم لا؟ وكمن قام إلى خامسة في الرباعية عمدا فإذا به قد فسدت عليه ركعة يجب قضاؤها هل تجزيه أم لا؟ وإلى هذه الصورة أشار المؤلف بقوله: «وزائد» وكمن ظن عدم فراغ الإمام بعد غسل دم الرعاف، فصلى مكانه، ثم أخطأ ظنه هل تصح أم لا؟.

وكذا لو خالف ظنه فأصاب فهل تصح أم لا؟.

وكمن صام يوم الشك فإذا هو من رمضان أو افتتح الصلاة متيقنا الطهارة ثم شك في الصلاة وتمادى عليها ثم تبين أنه أصاب أو شك في دخول الوقت ثم تبين أنه الوقت.

وكما إذا أرسل المحرم كلبه على أسد فقتل صيدا ففي الجزاء قولان فمن نظر إلى المقصود أسقط ومن نظر إلى الموجود وهو الإرسال أوجب.

وكمن حلف على ما لا يتيقنه ثم تبين الصدق قال في المدونة: براء و اختلف هل معناه لا إثم عليه، أو وافق البر.

وروى و الإثم عليه، لإقدامه أولا على الشك.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: اختلف المالكية في فساد الصحيح بالنية كمن تزوج من يظنها معتدة فإذا هي برية، أو بخمر فإذا هو خل، نظرا إلى ما دخلا عليه وانكشف الأمر به، وهي قاعدة النظر إلى المقصود أو الموجود، وفيها قولان كمن دخل خلف من يظنه يصلي الظهر فإذا هو يصلي العصر.

أو صام يوم الشك فإذا هو من رمضان، ونحو ذلك انتهى.

وقال أيضا: قاعدة: قال المازري: إذا شك في الإحرام، أو الطهارة، أو زاد ركعة عامدا أو ساهيا، أو أتم بنية النافلة، أو فريضة أخرى، ثم تبين الصواب في ذلك قولان.

والبطلان في الثالث، والخامس أرجح لفساد النية وهما على الالتفات إلى حصول الصواب أو إلى عدم تصميم المصلي انتهى.

قال في إيضاح المسالك: وانظر من استهلك لرجل زرعاً لم يبداً صلاحه فغرم قيمته على الغرر، ثم بعد ذلك نزل ما أذهب زرع جميع البلد، أن الغرم لازم، ومن صلى للقبلة بغير اجتهاد ثم صادف.

قوله: «انظره» إلى الشرع أو المذهب.

فصل

فصل الزكاة وما يتعلق به

ص شرط وجوب أو أداء إمكانه فتألف هل ينتفى ضمانه

ش أي إمكان الأداء هل هو شرط في الأداء أو في الوجوب؟ اختلفوا فيه
وعليه تعلق الزكاة بالذمة إذا تلت بعد الحلول وقبل الإمكان، والمشهور لا
تتعلق وثالثها تعلقها بالباقي فقط وإن كان دون النصاب.

قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: اختلف المالكية في إمكان الأداء
هل هو شرط في الوجوب أم لا؟ وعليهما تعلق الزكاة بالذمة إذا تلت بعد
الحول وقبل الإمكان والمشهور لا تتعلق وثالثها تعلقها بالباقي فقط، وإن كان
دون النصاب، فإن أمكن تعلق اتفاقا وعليهما من لم يجد ماء ولا ترابا أيضا
انتهى.

فائدة ابن عبد السلام: اصطلاحهم في الغالب أن ما كان من فعل الله
كدخول الوقت أو ما لا يطلب من المكلف كالإقامة، وعلق عليه أمر يسمى
بشرط وجوب ما كان من فعل المكلف ومطلوبا منه، سمي شرط أداء كستر
العورة والخطبة في الجمعة، والشرط ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من
وجوده وجود ولا عدم لذاته.

قوله: «إمكانه» أي إمكان الأداء، قوله: «فتألف هل ينتفى ضمانه» أي
بجزء من النصاب تألف هل ينتفى عن صاحبه ضمانه فتسقط الزكاة أم لا؟.

والمعنى أن هذا الفرع مبني على الخلاف في هذا الأصل فعلى أنه شرط وجوب تسقط وهو المشهور وعلى أنه شرط أداء تجب، وفي بعض النسخ «فتالف لا ونعم ضمانه» أي فتالف على شرط الوجوب لا يلزم ضمانه، وعلى شرط الأداء نعم أي يلزم ضمانه.

ص هل فقير كشريك في التلف أو فليس البائع منه قد عرف

ش أي هل الفقراء كالشركاء أم لا؟ وعليه إذا ضاع جزء النصاب قبل التمكن من الأداء كما مر فوق هذا فعلى أنهم كالشركاء تجب الزكاة في الباقي وعلى أنهم ليسوا كذلك وإنما الزكاة من باب المواساة تسقط وكذا من باع زرعاً بعد إفراكه أو تمراً بعد طيبه فوجبت الزكاة فأفلس فإن قلنا إن الفقراء كالشركاء أخذت الزكاة من عين المبيع إذا وجدت في يد المشتري ويرجع هو على البائع وإن قلنا إنهم ليسوا بشركاء لم يخذ من المشتري شيء وإن وجد المبيع بعينه.

قوله: «منه قد عرف» ضمير عرف عائد على أحد الفرعين أي قد عرف منه أي من الأصل المذكور، ومن لا ابتداء الغاية أو للتبعيض.

قال القاضي أبو عبد الله المقري أثر القاعدة المذكورة قبل قريباً: قاعدة: اختلف المالكية في كون المساكين كالشركاء أم لا؟ وقد ينبني عليه ما فوقه، وإذا باع الثمار بعد الوجوب فأفلس فهل يأخذ من المشتري مقدار الزكاة، كمن وجد ماله أو يتبع البائع بذلك فقط؟.

ص هل سبق حكم شرطه مغتفر عليه من زكاه ومن يكفر

كترك شفعة وشبهها

ش أي إذا سبق الحكم شرطه هل يغتفر أم لا؟ وعليه إخراج الزكاة قبل الحول بيسير هل تجزىء أم لا؟ والكفارة بين اليمين والحنت كذلك وإسقاط الشفعة قبل البيع والقصاص قبل الموت ونفقة المستقبل ورد الإيضاء في حياة الموصى وإسقاط المفوضة الصداق قبل التسمية والدخول.

قال في إيضاح المسالك: تنبيه: لم يختلف في عدم أجزاء الصلاة قبل الوقت، لأن وقتها سبب انتهى.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: لا يجوز تقديم الحكم على سببه اتفاقا كتقديم العفو على الجراحة، وإسقاط الشفعة قبل البيع، وفي تقدمه على شرطه قولان كالزكاة قبل الحول بخلاف الصلاة لأن وقتها سبب، والكفارة بين اليمين والحنت، ولم يختلفوا في العفو بعد الجراحة لفوات مصلحته بالموت، ولا في الشفعة بين البيع والأخذ، على أن في كونه شرطا نظرا.

قاعدة: يجوز تخصيص القواعد بالمصلحة كما تقدم في العفو بعد الجراحة انتهى.

قلت: تأمل ما ذكره المقري من الاتفاق على عدم الجواز في تقدم العفو على الجراحة مع قول ابن الحاجب: ولو قال لقاتل إن قتلتنى فقد وهبت لك دمي، فقولان وأحسنهما أن يقتل بخلاف عفو بعد علمه أنه قتله، فلو أذن في قطع يده عوقب ولا قصاص، والخلاف في المسألة شهير.

وأما ما ذكره من الإتفاق في مسألة إسقاط الشفعة قبل البيع فهو مخالف لما ذكره المؤلف وصاحب إيضاح المسالك من الخلاف بناء على القاعدة.

وقد قال ابن عبد السلام: إنه لا يعلم خلافا في المذهب في عدم اللزوم إلا ما اختاره بعض الشيوخ من اللزوم أخذاً من حديث رفع في صحيح مسلم.

وأنه خرج أيضاً من الطلاق قبل النكاح والعتق قبل الملك ثم أشار ابن عبد السلام إلى ضعف الأخذ من الحديث، وذكر عن ابن رشد أنه ضعف التخريج وأشار هو إلى صحته.

فلعل المقرئ لم يعتبر اختيار هذا الشيخ، ولا تخرجه فحكي الاتفاق، على أنه أشار إلى القول الآخر بقوله أخيراً على أن في كونه شرطاً نظراً أو ذكره تخريجاً من قاعدة أخرى ذكرها بعد، ونصها: قاعدة: اختلف المالكية في ترك الشيء قبل وجوبه هل يلزم أو لا؟ كمن أذنت لمن حلف أن لا يتزوج عليها إلا بإذنها ثم أرادت الرجوع قبل أن يتزوج فقيل لها ذلك وقيل لا.

ويتخرج على هذا الأصل الخلاف في إسقاط الشفعة قبل البيع وسقوطها بوقوعه انتهى.

وغير المقرئ اعتبر كلام ذلك الشيخ، أو رأى أن السبب هو الشركة و البيع إنما هو شرط كما أشار إليه المقرئ، فدخل تحت القاعدة، أو خرج من القاعدة الأخرى و ظاهر كلام ابن بزيمة أن ذلك القول منصوص لأنه قال في لزوم

الترك قولان وهما على لزوم الوفاء بالعهد.

صاحب التوضيح: قد يقال هما على الخلاف فيما جرى سببه دون شرطه فالشركة سبب والبيع شرط انتهى.

فجعل السبب هو الشركة وهو المفهوم من قوة النظم ومن إيضاح المسالك ونحوه لابن بشير، وهو خلاف ما للمقري والقرافي من أن السبب هو البيع، ونحوه في إيضاح المسالك في قاعدة من جرى له سبب، فانظره.

ثم بعد أن كتبت هذا رأيت للمقري في قاعدة أخرى ما هذا نصه: الخلاف في الشفعة منصوص لهم أيضا وتعلق به سبب وجود الملك والله تعالى أعلم.

من وهل كفارة بالحنث أو عقد نقل
في ألد يظاهر وقد حلف به إن لم يكن حنث قبل فانتبه

ش أي الكفارة هل تجب بالحنث أو باليمين وهي مراده بالعقد، أي عقد اليمين و عليه من حلف بظهار، ثم ظاهر ظهارة مطلقا، فإن كان قد حنث في اليمين بالظهار قبل الظهار فكفارة واحدة، لأنه قد وصفها بما هي موصوفة به وإن لم يحنث فقولان على الأصل و القاعدة هذا نص إيضاح المسالك.

وقال أيضا أبو عبد الله المقري: قاعدة: اختلف المالكية في الكفارة هل تتعلق باليمين أو بالحنث، فمن حلف بظهار ثم ظاهر ظهارة مطلقا فإن كان قد حنث في اليمين بالظهار قبل الظهار فكفارة واحدة، لأنه إنما وصفها بما هي موصوفة

به وإن لم يحنث فقولان على القاعدة.

قوله: «نقل» أي هذا الأصل وهذا الخلاف في الذي يظاهر وقد حلف بظهار قبله ولم يحنث فعلى أن الكفارة تجب بالحنث عليه كفارة واحدة، وعلى أنها تجب باليمين عليه كفارتان، وفيه قولان وفهم من هذا أن الحنث قد قيل فيه إنه سبب لوجوب الكفارة وفهم من القاعدة قبلها أنه شرط وفي ذلك قولان. وخرج أيضا عليهما تقديم الكفارة قبل الحنث وعليهما من حلف بالمشي إلى مكة فحنث، هل يمشي من حيث حلف أو من حيث حنث.

من حلف قبل بلوغه وحنث بعده هل يلزمه شيء أم لا ؟

هو وهل إلى نيتها تفتقر عليه عتق الغير عنه يذكر

ش أي الكفارة هل تفتقر إلى نية أم لا؟ وعليه أجزاء عتق الغير عنه، من فرق بين أن يكون بإذنه أو لا فعلى توهم استقرار الملك أو لا، ثم العتق بعده، أو لأنه لم يملكه إلا إلى حرية كالقولين فيمن اشترى بشرط العتق جاهلا، وفيمن قال: إن اشتريته فهو حر عن ظهاري هذا نص إيضاح المسالك.

وهو من كلام الإمام أبي عبد الله المقري: قاعدة: اختلف المالكية في إفتقار الكفارة إلى النية، وعليه أجزاء عتق الغير عنه، وأما من فرق منهم بين أن يكون بإذنه أو لا، فعلى توهم استقرار الملك أو لا ثم العتق بعده أو عدم استقراره لأنه لم يملكه إلا إلى حرية كالقولين فيمن اشتراه بشرط العتق جاهلا، وفيمن قال: إن إشتريته فهو حر عن ظهاري بخلاف العالم أو المطلق يقصدهما إلى الحرية

لا عن ظهار انتهى.

ابن الحاجب: و الإجماع على وجوب النية في محض العبادات وعلى نفي الوجوب فيما تمحض لغيرها كالديون والودائع والغصوب، واختلف فيما فيه شائبتان كالطهارة والزكاة، والمذهب افتقارها، من قوله فيمن كفر عن إحدى كفارتين بعينها ثم كفر عنها غلطا أنها لا تجزيه، وأخذ نفيه من أنها تأخذه من الممتنع كرها، وتجزيه، ومن الشاذ أنهم شركاء، وأجاب ابن القصار بأنه يعلم فتحصل النية و الزم إذا لم يعلم.

وفي المدونة: ومن أعتق عبده عن رجل عن ظهاره أو شيء من الكفارات، فبلغه ورضى بها أجزاءه، كمن أعتق عن ميت أو ودى عنه كفارة لزمته، وقال غيره لا يجزيه.

ابن القاسم: إن أمره أجزاءه وإلا فلا.

عبد الحق: شرط الأجزاء في الظهار و طء الرجل أو عوده، وإليه ذهب أكثر الشيوخ وسبق وجه تفريق ابن القاسم بين إذنه و غيره كالخلاف فيمن اشترى رقبة بشرط عتقها.

المدونة: لا تجزي عن ظهار أو غيره.

ابن كنانة أن جهل لم يمر بالإعادة.

ابن القاسم: إن علم أنه لا ينبغي لم تجز، و إن كان لا وضعية في ثمنها، وإن جهل ولا وضعية أجزاء، وفي إن اشتريته فهو حر، المدونة لم تجزه عن

ظهاره.

الموازية عن ابن القاسم: يجزي إن قال فهو حر عن ظهاري وهل وفاق وإليه مال الباجي أم لا، تأويلان.

محمد: إن ظاهر قبل قوله إن اشتريته فهو حر عن ظهاري لم يجزه إذ لم يستقر ملكه عليه وعتق بنفس الشراء، وإن لم يكن ظاهر أجزاءه و كأنه قال إن ظهرت فهو حر عن ظهاري، إن وقع مني و نويت العود.

المقري: القضاء و الكفارات قيل عقوبة وقيل كرامة و الحق التفصيل.

قوله: «عليه عتق الغير عنه يذكر» أي يذكر بناؤه على الأصل المذكور وعتق اسم مصدر بمعنى إعتاق، كنبات بمعنى إنبات، وغير ذلك لا يقاس.

ص	وهل دوام كابتداء كمن حلف	أو صح أو حدث والذلم يقض
	وذي تيمم و إحرام حدث	غصب نكاح وطلاق وخبث
	و مشترك و شبهها.....

شي أي الدوام على الشيء هل هو كابتدائه أم لا؟.

وعليه إذا حلف لا أدخل الدار و هو فيها، أو لا أركب الدابة وهو عليها، أو لا ألبس الثوب وهو لا بسه فداوم على ذلك، هل يحنث في جميعها أم لا؟، أو اقتدى مريض جالس بمثله فصح المقتدي هل يتم قائما على مأوميته أو ينفرد وكذا من أحدث بعد تمام وضوئه وقبل تمام غسله ثم غسله ما مر من أعضاء

وضوئه ولم يحدد غسل نية الوضوء هل يجزيه أم لا؟ فقولان للشيخين بناء على القاعدة، وبيانه أن نية الطهارة الكبرى منسحبة حكما إلى آخر الغسل فإن قدر ذلك الانسحاب كالاتداء لم يحتج معه إلى إنشاء النية وهو قول ابن القابسي وإن لم يقدر ذلك الانسحاب كالاتداء احتج إلى نية الوضوء وهو قول ابن أبي زيد.

المقري: لا يصح - اختيار ابن الحاجب بناء مسألة القابسي وابن أبي زيد على هذا الأصل - لأنها عبادة أخرى لا تعلق لها بالأولى لارتفاع الجنازة قبله، وإنما الخلاف في استدامة حكم الشيء لا في إيصال شيء بشيء ولا إدخاله فيه انتهى.

وقال أيضا: قاعدة: اشتمال الشيء على الشيء قال ابن أبي زيد: يزول بتجدد سبب المطالبة بالداخل، فمن أحدث في الغسل بعد الوضوء نواه لانقطاع تعلق الجنازة بأعضاء الوضوء فلا تعلق نيتها بها وقال ابن القابسي: لا يزول ما دام القصد متعلقا بالعام فلا ينويه.

وبنى أيضا على رفع حدث كل عضو أهو بالفراغ منه أم بالإكمال، وعلى أن الدوام كالاتداء أو لا؟ وقد عقدت فيه في بعض ما كتبتة فصلا حسنا لمن أراد.

ومن فاته الوقوف بعرفة بخطأ في العدد أو مرض أو عدم دليل أو رفيق، أو ركوب.

فأراد التحلل بأفعال العمرة فتراخى إلى أشهر الحج من قابل فإنه لا يتحلل فإن تحلل فقال ابن القاسم: يمضي وقال أيضا: لا يمضي تحلله.

وهما على القاعدة فعلى أن الدوام كالاتداء لا يمضي تحلله وعلى أن لا فيمضي تحلله و ثالثها: يمضي وهو متمتع.

ووجود الماء بعد التيمم هل يبطل التيمم أم لا؟ وهذا ما لم يضق الوقت فإن ضاق فإنه يصلي بالتيمم على الصحيح.

والطول بعد نكاح الأمة فاقداله هل يفارق الأمة أم لا.

و الإحرام بعد صيد هل يزول ملكه عنه ويجب عليه إرساله، وهو مذهب المدونة، أو لا يزول وإنما يرسله فقط وهو قول الأبهري وابن القصار، وتظهر ثمرة الخلاف لو أفلته أحد منه هل تلزمه قيمته أم لا؟ أما لو أحرم وفي بيته صيد فملكه باق، و كالحديث فلا يبنى عند الجمهور ويبنى عند أبي حنيفة و الخبث في قول المالكية المشهور، ويستثنى منه الرعاف فلا يقطع صاحبه للعمل فعلى الأول يحنث، و تأول بعضهم المدونة عليه و على الثاني لا يحنث و عليه حمل الأكثرين المدونة.

ابن الحاجب: لا يحنث فتحمل هي عليه.

وضمنان المغصوب هل يضمن بأرفع كما يقوله ابن وهب و أشهب وابن الماجشون، بناء على أنه في كل حين كالمبتدي للغصب فهو ضامن في كل

وقت ضمانا جديدا أو إنما يضمن يوم الغصب كما يقوله: «الجمهور» بناء على أن الدوام ليس كالاتداء.

ومن أسلم وتحتة مجوسية أو أمة كتابية هل يقر عليها أم لا؟ وهي داخلة تحت قوله نكاح كمسألة الطول.

أو قال: إذا حملت فأنت طالق وهي حامل أو اشترى زوج أمه أو زوجة أبيه فعلى الأول: لا يقر النكاح، إذ لا تتزوج امرأة عبد ولدها، ولا الرجل أمة ولده، وعلى الثاني: يقر.

ويشبه هذه الفروع، كلزوم النزول عن الهدى بعد الراحة ومنه لابس إحدى الخفين، قبل غسل الأخرى عند قوم وبيانه أنا إذا قدرنا استدامة لبسه الخف الأول حتى أدخل الخف الثاني كابتدائه الآن مسح، وإلا فلا.

ومنه من أحرم وبقية طيب عليه وقد يندرج هذا تحت قول الناظم «فإحرام» قال في إيضاح المسالك: تنبيه: لم يجعلوا الدوام كالإنشاء في البناء في الرعاف لأنه رخصة، ولا في طرو اليسر بعد صوم أيام من كفارة الظهر، وجعلوه كالإنشاء فيمن ألقى الريح الطيب عليه وتراخى في إزالته وهو محرم وفيمن رأى مصحفا في نجاسة فلم يرفعه مختارا فإنه ردة وانظر إذا أخذ العبد الزكاة ولم تزل بيده إلى أن عتق، وبقيت عنده بعد العتق هل تجزئه بناء على أن الدوام كالاتداء أو لا؟ وإذا عجل الزكاة قبل الحول بكثير وبقيت إلى حلول الحول وقالوا في الفقير يأخذها ثم يستغني أنه لا يردها نظرا إلى أن الدوام ليس كالاتداء وقالوا: في الغارم يأخذها لقضاء دينه ثم يستغني قبل أدائه إشكال

قال اللخمي: ولو قيل تنزع منه لكان له وجه.

قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: اختلف المالكية في التماذي على الشيء هل يكون كابتدائه في الحكم أم لا؟ إلا أن يتعلق الحكم بلفظ وضع للقدر المشترك بينهما فيتفقون إذا تحقق، فإذا أدخل إحدى رجليه في الخف قبل غسل الأخرى، وقلنا بالأول مسح، وهو قول النعمان وإن قلنا بالثاني لم يمسح وهو قول محمد واختيار ابن الحاجب بناءً خلاف، ابن أبي زيد وابن القاسمي فيمن أحدث قبل كمال غسله ثم توضأ ولم يجدد النية عليه ولا يصح لأنه عبادة أخرى، لا تعلق لها بالأولى، لارتفاع الجنابة قبله، وإنما الخلاف في استدامة حكم الشيء، لا في إيصال شيء بشيء ولا إدخاله فيه.

واعلم أن هذا التشبيه وهو قولنا: الابتداء هل هو كالدوام أو لا؟ فلذا قال ابن الحاجب: ولو رُفِعَ وعلم دوامه أتم الصلاة.

لم يفد هذا حكم الدخول فيها، وإن كان الخلاف فيهما معاً على وتيرة واحدة، لجواز مراعاة حق الحرمة، واستقلال البطلان في الأول دون الثاني، وكذلك حديث «السلا» لا يدل على تماذي من ذكر نجاسة لولا حديث الخلع وحديث السلا أنه ﷺ قال "رمي عليه سلا جزور بالفرث والدم فلم يقطع الصلاة" وحديث الخلع ما روى أنه كان ﷺ في صلاة من الصلوات يصلي في نعليه فطرح نعليه، فطرح الناس نعالهم لطرحه، فأنكر ذلك عليهم عليه السلام وقال: «إنما خلعتها لأن جبريل أخبرني أن فيها قدراً».

والفرق الذي أشار إليه المقرئ هو أن الصلاة في الأول ابتدأت بطهارة بخلاف

الثاني والله تعالى أعلم.

تنبيه: ذكر ابن الحاجب هذه القاعدة في الطهارة مطلقة وقيدها في الإيمان بالعرف.

ابن عبد السلام: لما كانت الحقائق العرفية في أبواب الإيمان وسائر الالتزامات معتبرة بل أكثر مسائل الإيمان منزلة عليها ولا سيما عند عدم النية حسن من المؤلف وغيره تقييد هذه القاعدة هنا بحسب العرف.

قوله: «كمن حلف» أي لا دخل الدار وهو فيها ودام على ذلك.

قوله: «أو صح» أي مريض مؤتم بمثله.

قوله: «أو أحدث» أي في أثناء غسله وهي مسألة الشيخين.

قوله: «والذي لم يقف» أي بعرفة لخطأ في العدد ونحوه.

قوله: «وذى تيمم» أي وجد الماء بعده هل يبطل تيممه أو لا؟

قوله: «وإحرام» أي بعد صيد في يده هل يزول ملكه عنه أو لا؟

قوله: «حدث» أي كائن في أثناء الصلاة هل يبني كالرعاف أو لا؟ وهو المذهب.

قوله: «غصب» أي لثوب وغيره وفات هل يضمن قيمته يوم الغصب أو أعلى القيم.

قوله: «نكاح» هو إشارة إلى مسألتي الطول، والمجوسية و الأمة.

قوله: «وطلاق» هي مسألة أنت طالق إذا حملت وهي حامل.

قوله: «أو خبث» هي مسألة نجاسة يذكرها في الصلاة، أو تطراً عليه فيها غير الرعاف هل يبني أو لا؟ قوله: «ومشتر» أي لزوج أمه أو زوجة أبيه هل يقر النكاح أو لا؟.

من	هل أصغر.....	مندرج في أكبر قد قرروا
عليه غسلًا وقرانا	وزكاة	شفع إقامة حدود أو ذكاة
ونحوها تنبيه الذي اغتسل		أو صام أو سجد مستثنى قبل

ش أي الأصغر هل يندرج في الأكبر أم لا؟ وعليه أجزاء غسل الرأس عن مسحه يجزي على الأول وهو المشهور دون الثاني، والغسل عن الوضوء يجزي عن الوضوء - على الأول وهو المشهور أيضا، دون الثاني، وإليهما أشار بقوله: «غسلا» واندراج العمرة في الحج للقارن على الأول، دون الثاني.

ومنها إخراج بعير عن خمسة أبعة و إخراج زكاة الفطر بالمد الأكبر ويشملهما قول المؤلف: «زكاة» وعهدة الثلاث في السنة ومن شفع الإقامة غلطا، قال المازري: عن بعض أصحابنا وعزاه ابن يونس لأصبغ بالإجزاء والمشهور لا أي فلا بد من الإقامة الوترية.

ومنها اندراج الحدود في القتل على الأول دون الثاني، ومنها إبانة الرأس في الدبح فيجزي في الأول دون الثاني وإليه أشار بقوله: «ذكاة» ونحو هذه الفروع كاندرج دية الأعضاء في النفس وعهدة الثلاث في السنة، قوله: «قد

قرروا عليه» أي قرر الفقهاء على هذا الأصل المسائل التي ذكر.

قال في إيضاح المسالك: تنبيه: وليس من هذه المسائل من فرضه التيمم فتجشم المشقة واغتسل بالماء، ولا من فرضه الفطر فصام ولا من فرضه الإيماء فسجد على الجبهة خلافا لبعض الأئمة، واعتل بأنه كان منها عن ذلك والمنهى عنه لا يجزىء عن المأمور انتهى.

وإلى هذا أشار المؤلف بقوله: «تنبيه الذي اغتسل» - إلى آخره - والذي اغتسل مبتدأ وخبره مستثنى، وقيل نعت مصدر محذوف، أي مستثنى من اندراج الأصغر تحت الأكبر استثناء مقبولا، ويحتمل أن يكون الخبر قبل، ومستثنى حال، أي قبل حال كونه مخرجا من القاعدة، وبحث بعض الشيوخ في استثناء مسألة من فرضه الفطر في رمضان، فصام إذ ليست مما يصح أن يبني على هذا الأصل حتى يستثنى إذ لا مناسبة بين الفطر والصوم، وبحثه ظاهر، والله تعالى أعلم.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: الأصل عدم التداخل لأن الأصل أن يترتب على كل سبب مسببه لكن اجتمعت الأمة على التداخل في الجملة وفقا بالعباد، ووقع ذلك للمالكية في الأحداث في الجملة وتحية المسجد وصيام الاعتكاف وكفارة اليوم الواحد بخلاف، والعمرة في الحج للقارن، والحدود المتماثلة والمتحدة الموجب، ودية الأعضاء في النفس، والصدقات في الوطئات بشبهة واحدة والعدد في الجملة.

ص وهل كمن فعل تارك كمن له بنزع قدرة لكن كمن

من شرب أو خيط ذكاة فضل ما وعمد رسم شهادة وما
عطل ناظر وذو الرهم كذا مضط في العلف قادر المأخذا
وكالتي ردت بعيب وعدم وليها وشبهها مما علم

شيء أي هل تارك كمن فعل أم لا؟ ويعبر عنه بقولنا التارك هل هو كالفعل أم لا؟ وعليه فروع، كمن قدر على تخليص نفس أو مال ولو بشهادة، أو وثيقة أو مواساة واجبة كالشربة و الخيط للجائفة، وإرسال فضل الماء و إعطاء ما يقيم به حائطا من خشب و أجر ومن مر بصيد وقد رماه آخر فأمكنته الذكاة و تركه حتى مات هل يضمن المار أم لا وما إذا عطل الوصي ربع اليتيم عن الكراء مع إمكانه، أو ترك جنان محجوره وكرمه وأرضه حتى تبورت ويبست وما إذا ترك المرتهن كراء الدار ولم يكرها حتى حل الأجل ولكرائها خطب و بال وأما إذا دفعت إليه دابة وعلفها وقيل له أعلفها وأسقها حتى أرجع من سفري فتركها بلا علف حتى ماتت فهل يضمن أم لا؟ قال ابن سهل: نعم.

وفي نوادر الشيخ: لا، وقد تجرى على الغرور القولي و الولي القريب إذا رجع عليه بصداق المرأة لعيبها فألفى فقيرا ففي إغرامها إياه قولان.

قال في إيضاح المسالك: وانظر مسألة السجان و القيد والقفص و السارق، والدواب في اللقطة.

تنبيه: ولم يختلف في وجوب الضمان إذا قطع له وثيقة بحق قد ثبت أما إذا لم تثبت الوثيقة فلا يغرم سوى قيمة الرق، قاله الشيوخ ودون تلك المسائل أن يقتل شاهدي حق ولذلك احتمال دخول الخلاف فيكون متعديا على

السبب فيضعف الضمان، وهذا جار على قاعدة التعدي على السبب، هل هو كالتعدي على المسبب أم لا؟ وعليها في المذهب مسائل انتهى.

وقال أيضا أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: اختلف المالكية في الترك هل هو فعل أو ليس بفعل، والصحيح أن الكف فعل، وبه كلفنا في النهي عند المحققين وغيره ضد، فيقال هل الكف كالإتيان أو لا؟ وهل الكف كالفعل أو لا؟.

وعليه أن يمر رجل بصيد وقد رماه آخر فتمكنه ذكاته فلا يفعل حتى يجده صاحبه قد مات، فهل يضمه المار أم لا؟ ومن قدر على تخليص نفس أو مال، ولو بشهادة، أو وثيقة أو مواساة واجبة، كالشربة والخيط للجائفة، وإرسال فضل الماء، وإعطاء ما يقيم به حائطه من عمد وأجر، والولي القريب إذا رجع عليه بصدق المرأة لعيبها فألقى فقيرا، ففي إغرامها إياه قولان، ونحو ذلك وهي منزلة بين منزلتين، لأن فوقها أن يقطع له وثيقة بحق فيضيع فلا يختلفون في الضمان، ودونها أن يقتل شاهديه فيكون متعديا على السبب، فيضعف الضمان وهي قاعدة التعدي على السبب هل هو كالتعدي على المسبب أو لا؟.

قوله: «بنفع قدرة لكن كمن» أي قدرة على نفع لكن كمن ذلك النفع أي استتر فلم يفعل، قوله: «من شرب أو خيط» - إلى آخره - بيان للنفع الكامن أي المستتر بالعدم، فشرب إشارة إلى من عنده فضل شراب أو طعام فلم يعطه مضطرا حتى مات يضمن ديته على الأول دون الثاني، وخيط إشارة إلى من به جائفة فطلب ما يخيط به من شخص فمنعه حتى مات هل عليه ديته أم لا؟ وذكاة إشارة إلى من مر بصيد لم تنفذ مقاتله، وأمكنه تذكته فلم يفعل

حتى مات هل يضمنه أم لا؟ وكذلك الأيسة يخاف موتها، وفضل ماء، أي ماء إشارة إلى من عنده فضل ماء وبجاره زرع يخاف عليه فلم يمكنه منه حتى هلك الزرع هل يضمنه أم لا؟ وعمد، إشارة إلى من عنده عمد فطلبها منه صاحب جدار خاف سقوطه، فلم يفعل حتى سقط الجدار، هل يضمنه أم لا؟ ورسم شهادة، بالإضافة إشارة إلى من أمسك وثيقة حق لشخص حتى تلف الحق، هل يضمنه أم لا؟ وما عطل ناظر إشارة إلى ما عطل ناظر اليتيم من ربه فلم يكره مع إمكانه، أو ترك جنانه وكرمه وأرضه حتى تبورت وبيست أو كسبه حتى ضاع هل عليه غرمه أم لا؟ وذو الرهن، إشارة إلى ما عطل المرتهن من كراء الرهن ولكرائه خطب وبال هل يضمنه أم لا؟ ومفرط في العلف، إشارة إلى من دفعت إليه دابة وعلفها وقيل له اعلفها واسقها حتى أرجع من سفري، فتركها بلا علف حتى ماتت، هل يضمن أم لا؟ قولان لأبي الأصبغ بن سهل والشيخ أبي محمد، والعلف هنا بسكون اللام لضرورة الوزن.

والمأخذ، أي مأخذ هذه الفروع وهو الأصل الذي بنيت عليه، والتي ردت بعيب إشارة إلى ذات العيب فيتزوجها وليها القريب فيفلس هل يرجع عليها الزوج بالصداق أم لا؟ وشبه هذه المسائل مما هو معلوم من هذا الأصل، كقتل شاهدي حق.

وقتل المرأة نفسها قبل الدخول كراهة منها في زوجها هل لها صداقها أم لا؟ وقتل الرجل أمته المتزوجة قبل البناء هل على الزوج الصداق أم لا؟ ويدخل تحت قوله: «وشبهها» مسألة السجان والقفص والسارق، والدواب.

تنبيهان: الأول: قال ابن الحاجب وغيره في الأقضية: وفي مثل تقدير النكاح بلا ولي رفع إليه فأقره قال ابن القاسم: حكم، وقال ابن الماجشون: ليس بحكم.

ابن عبد السلام يقرب الكلام فيه في الكلام في الترك هل هو فعل أو لا؟. ابن عرفة: إجراء قوليهما على قول بقاء الأعراض، وقول جمهور أهل السنة بعدمه تكلف.

الثاني: ابن عبد السلام: قول ابن الحاجب بناء على أن الترك كالفعل أو لا إشارة إلى ما يذكره هنا أهل الأصول من اختلافهم في الترك هل يصح أن يكون متعلق النهي أو لا؟ انتهى.

ابن الحاجب في أصله: لا تكليف إلا بفعل فالمكلف به في النهي كف النفس عن الفعل وعن أبي هاشم وكثير نفى الفعل.

ابن السبكي: لا تكليف إلا بفعل، فالمكلف به في النهي الكف، وفاقا للشيخ الإمام وقيل فعل الضد.

وقال قوم: الانتفاء الجلي فإذا قيل لا تتحرك فالمطلوب منه على الأول الانتفاء عن التحرك الحاصل بفعل ضده من السكون.

وعلى الثاني: فعل ضده، وعلى الثالث: انتفاؤه بأن يستمر عدمه من السكون ولا بن عرفة مع ابن عبد السلام في كتاب الصيد في هذه المسألة كلام

فلينظره في مختصره.

فصل

يعني فصل الصوم وما بعده إلى النكاح.

هي هل رمضان بعبادة عرف
واحدة أو بعبادات ألف
عليه الاكتفاء والتجديد
بنية وهل كذا المسرود
واليوم إن عين أو تجدد
كمتتابع بعذر يفقد

شي أي رمضان هل هو عبادة واحدة أو عبادات؟ اختلفوا فيه، وعليه تجديد النية أو الاكتفاء بها في أول ليلة.

قال في إيضاح المسالك: ولا منافاة بين الاتحاد، والتكرير عند بعض كبراء الشيوخ انتهى.

ويعني بهذا البعض الإمام المقري، ونصه: قاعدة: اختلف المالكية في كون رمضان عبادة واحدة أو عبادات كثيرة، وينبني عليه تكرر النية، ولا منافاة بين الاتحاد و التكرير عندي وهما المختار انتهى.

وكذا مال خليل إلى التكرار فقال: و الشاذ إن ثبت ظاهر في النظر، لأن أيام الشهر عبادات متعددة، بدليل أن فساد يوم لا يوجب إفساد ما مضى ، وبه قال أبو حنيفة و الشافعي.

قال الإمام المقري: قاعدة: المشهور من مذهب مالك أن الليل مستثنى من

صوم الشهر تيسيراً على الخلق و أن أصله الصوم فتجزئ نية واحدة لجميع الشهر و يجب الإمساك بالشك في الفجر، لأنه الأصل بخلاف صوم يوم الشك، والشاذ أن أصله الفطر و أنه غير مستثنى، فيجب تكرير النية لكل يوم ولا يجب الإمساك إلا بطلوع الفجر للآية و الحديث، والاعتبار بيوم الشك.

قوله: وهل كذا المسرود واليوم إن عين أو تجدد أي هل الصوم المسرود ونذر يوم معين أبداً، كرمضان في الاكتفاء بالنية في أول ليلة أم لا بد من تجديد النية؟ ثالثها يلحق المسرود و الحاصل أنه يتفق على تجديد النية فيهما على القول بالتجديد في رمضان ويختلف في وجوب التجديد فيهما على القول بالاكتفاء بالنية في أول ليلة كمتتابع بعذر يفقد، أي كما اختلف في وجوب التجديد فيهما على القول بالاكتفاء بالنية في أول ليلة كمتتابع بعذر يفقد، أي كما اختلف في وجوب التجديد إذا انقطع المتتابع بعذر كمرض أو حيض، أو سفر أو نسيان.

قال ابن الحاجب: فإن انقطع المتتابع بأمر فالمشهور تجديدها.

وثالثها يجدد غير الحائض، لقوله في الشاكة تقضي، لأنها لا تدري أظهرت قبل الفجر أم لا؟ فلم يذكر النية.

قال صاحب التوضيح: وانظر إذا أفطر متعمداً لغير عذر هل يلزم التجديد اتفاقاً أو يجرى فيه الخلاف، وعبارة ابن بشير: ولو طرأ في رمضان ما أباح الفطر فهل يفتقر إلى إعادة التبييت قولان انتهى.

قلت: وعبارة المؤلف كعبارة ابن بشير، وهذا كله إن طرأ الحيض مثلاً بعد

أن بيت أول الشهر، وأما إن دخل عليها رمضان وهي حائض فلا يجزيها الصوم في أول طهرها دون تبييت إلا على رأى عبد الملك أن المتعين لا يفتقر إلى نية وقول المؤلف: أم تجدد كمتتابع يخذ منه ذلك إذ لا يقال التجديد إلا بعد تقديمها وهذه قاعدة لها شبه ما بقاعدة هل تعتبر نية عدد الركعات أم لا فتأمل.

وتقرير كلام المؤلف هل رمضان عرف بعبادة واحدة، أو ألف، أي عهد وعرف في الشرع بعبادات متعددة، عليه أي على هذا الأصل الاكتفاء بنية واحدة عند أوله لجميعه و التجديد لها كل ليلة، وهل الصوم المسرود و اليوم المعين المنذور أبدا كصوم يوم كل خميس كذا أي يكتفي بنية واحدة أم تجدد النية بعذر من كلام المؤلف يتعلق ويفقد أي يفقد تتابعه بسبب عذر، ويفقد العذر بعد كونه.

هل نية القضاء والاداء تنوب ذي عن ذي بالاستواء
كالصوم والصلاة والوقت التبس وكالقضاء في رمضان فاقتبس

هل أي نية الأداء هل تنوب عن نية القضاء، وعكسه أم لا؟.

وعلى الأول مسألة الأسير إذا التبست عليه الشهور، فصام شعبان يعتقد أنه رمضان هل يجزئ شعبان السنة الثانية عن رمضان السنة الأولى، والثالثة عن الثانية أو لا؟.

وفي البيان الصحيح عدم الإجزاء ابن أبي زمنين: الإجزاء وهو الصواب

عند أهل النظر، وأما العام الأول فلا يجزئ اتفاقاً.

ابن الحاجب: فإن تحرى فأخطأ فيما بعده أجزاءه، وإن أخطأ فيما قبله لم يجزه الأول اتفاقاً، وفي وقوع الثاني، والثالث قضاء عن الأول، والثاني قولان.

ومن استيقظ بعد طلوع الشمس ولم يعلم بطلوعها فصلى الصبح أداءً، ثم تبين له الطلوع هل تجزيه أم لا و ظاهر كلام المؤلف أن القول بعدم الإجزاء في الصلاة منصوص و الذي فهم سند، وابن عطاء الله عن الباجي أنه قصد تخريجه من الصوم واعتراضاً عليه بأن قالاً: لا نعرف في إجزاء نية الأداء عن نية القضاء في الصلاة خلافاً، فمن استيقظ ولم يعلم طلوع الشمس فصلى معتقداً أن الوقت باق صحت صلاته وإن كانت بعد طلوع الشمس وفاقاً.

صاحب التوضيح: وفيه نظر إذ لا يلزم من الإتيان في الصلاة نفي التخريج فيها.

وعلى الثاني: من صام رمضان عن رمضان، أي صام الداخل عن الخارج.

الباجي: وأما إجزاء نية القضاء عن نية الأداء فيتخرج في ذلك وجهان على خلاف أصحابنا فيمن صام رمضان قضاء عن رمضان و الأظهر تخريج القول بالإجزاء، وأما القول بعدم الإجزاء فلا لاحتمال أن يكون السبب في عدم إجزاء رمضان عن رمضان كون رمضان لا يقبل غيره و الله أعلم.

ابن الحاجب: فلو نوى القضاء برمضان عن رمضان فثالثها لا يجزئ عن واحد منهما و إلا و لأن تحتملها، لأن فيها و عليه قضاء الآخر، فجاء بكسر

الحاء وفتحها و الثلاثة كلها لابن القاسم فوجه الأول - وهو أنه لا يجزئ عن الأداء - قوله عليه السلام: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى» .

ووجه العكس كون رمضان لا يقبل غيره ووجه الثالث: أما عدم الإجزاء عن القضاء فلما وجه به الثاني، و أما عن الأداء فلأنه لم يقر.

ابن الحاجب و هو الصحيح ابن رشد: و هو الصواب عند أهل النظر.

و احتمال المدونة للأولين إنما هو على رواية الفتح فقط، و أما رواية الكسر فلا تتحمل الإجزاء عن الخارج، ورجع ابن رشد رواية الكسر لأن المسألة وقعت صريحة في اختصار المبسوط عليها كذا في التوضيح و في الظهار من المدونة، إن صامه عن ظهار أو نذر لم يجزه عن واحد، و خرجها اللخمي على الأولى، و ناقض حمديس بين صيامها و ظهارها، و فرق بعض المذاكرين بأن نية مماثل الشيء أقرب في الإجزاء عن نية الشيء، من نية مخالف الشيء و رده ابن محرز بأنه كلما قرب المشارك في النية كان أشد تأثيرا.

ورده ابن عرفة: بأن نية المماثلة ملزومة لنية وصف أخص وصف الشيء و نية الخلاف غير ملزومة لذلك انتهى.

بعض الشيوخ: و يظهر أن هذا قريب مما قال المذاكر.

تنبيه العبادة: قد توصف بالأداء و القضاء كالصوم، و قد لا توصف بهما كالنافلة و قد توصف بالأداء فقط كالجمعة.

قال في إيضاح المسالك: تنبيه: حكى بعض الشيوخ أن نية القضاء في الصلاة

لا تشترط اتفاقاً، فإذا نوى القضاء في الأداء، أو العكس ففي البطلان قولان.

قوله: «كالصوم و الصلاة و الوقت التبس» هو إشارة إلى الفرعين الأولين و جملة و الوقت التبس، حال من الصوم و الصلاة، قوله: «و كالقضاء في رمضان» إشارة إلى الفرع الثالث.

قوله: «فاقتبس» أي من الأصل المذكور ما يناسبه من الفروع قوله: «بالاستواء» حال من أسمى إشارة، أي حال كونهما موصوفين مستويين في النيابة كما نابت إحداهما عن الأخرى عنها.

هل و طء النزع نعم أم لا نعم و فرعه الفطر به كما علم
في طائق بالو طء هل يمكن منه.....

ش أي النزع هل هو و طء أم لا؟ و عليه الفطر به و من قال: إن وطأتك فأنت طالق ثلاثاً، هل يمكن من الو طء أم لا؟ لأنها تحرم بالإيلاج أو به و بالإنزال معا على الأخذ بأول الاسم أو بآخره هذا نص إيضاح المسالك، و نحوه في قواعد المقرئ قال: قاعدة: اختلفوا في كون النزع و طئا و عليه الفطر به و من قال إن وطأتك فأنت علي كظهر أمي، هل يمكن من الو طء أم لا؟ لأنها تحرم بالإيلاج أو به و بالإنزال على الأخذ بأول الاسم أو بآخره انتهى.

فالمؤلف و صاحب إيضاح المسالك، بنيا على القاعدة التمكين من الو طء في الطلاق الثلاث و المقرئ بنى عليها التمكين في الظهار، و كلاهما صحيح إذا الخلاف في كل منهما، و لا يصح ما حكاه ابن الحاجب من الاتفاق على

التمكين في الظهر في قوله: و يمكن في الظهر اتفاقا.

و لعل ذكر المقرئ للظهر للتنبيه على ذلك و قد اختلف هل يمكن من إيلاجه فحسب و لا يعد النزاع وطئا أو يمكن من الإيلاج و الإنزال، و هما على الأخذ بأوائل الأسماء أو أواخرها أو لا يمكن من الوطاء أصلا و هو على أن النزاع وطاء و في المدونة في هذه المسألة نزاع.

قوله: «و فرعه الفطر به» أي و فرع هذا الأصل الفطر بالنزاع، ووجوب القضاء لو طلع عليه الفجر و هو يجامع فنزاع حينئذ، أو و هو أكل أو شارب فألقى حينئذ.

قوله: «نعم» هو القول الأول و قوله: «أو لا، نعم» هو القول الثاني و التقدير، أو لا يقال: نعم بل يقال: القول الأول و قوله: «أو لا نعم» هو القول الثاني و التقدير، أو لا يقال: نعم بل يقال: لا، أو يقدر استفهام آخر بهل، فنعم جواب المذكور، و لا نعم جواب المقدر، و يبعده الإتيان بأو، و زيادة نعم بعده، أو نعم لا، إشارة إلى القولين و نعم الثانية تصديق للقول الثاني، و أيما لتشهيره أي صدق القول الثاني و هو أن النزاع لا يعد وطئا.

قوله: «في طالق بالوطء هل يمكن منه» هو على حذف حرف العطف، أي و هل يمكن من الوطاء في امرأة تطلق بالوطء، أي علق طلاقها على الوطاء أو في قوله أنت طالق بالوطء بمعنى أنت طالق إن وطأتك، و طالق على التقدير الأول مخفوض، أي في امرأة طالق بالوطء و على الثاني هو مرفوع خبر مبتدأ محذوف كما مر تقديره، و يحتمل أن لا يقدر عاطف، و يتعلق المجرور

بعلم، أو كما علم في مسألة أنت طالق إن وطأتك أنها من فروعها و على الأول
فالتقدير كما علم في الفطر بالنزع أنه من فروعها.

قلت: ولمسألة النزع بعد طلوع الفجر، تعلق بإمساك جزء من الليل هل
يجب أم لا إذ النزع حينئذ لم يعقل.

الإمام المقري: قاعدة: قال ابن بشير: اختلف المذهب في وجوب إمساك
جزء من الليل، لأنه لا يتوصل إلى إمساك جميع النهار إلا به، فإن لم يجب
لم يجب القضاء على من وفاه الفجر أكلاً فألقى وهو المشهور، وإلا أمكن أن
يقال، إنه واجب لغيره، فإذا لم يتعلق الإثم فلا قضاء و أن يقال: إنه انسحب
حكم الوجوب عليه فالقضاء.

قلت: و أصلها ما لا يتم الواجب المطلق إلا به هل يجب أم لا؟

ص و تلاحظ في الاسم يركن
بأول أو آخر.....

ش أي اختلف هل يؤخذ بأول الاسم أو بآخره؟ و عليه الخلاف في الفرع
السابق و لذا ذكره أثره، و الخلاف في وجوب تمكين الجبهة و الأنف من
الأرض.

وإصاق العقب بآخر درج الصفا و المروة و مما بنى عليه ابن بشير الخلاف
في مغسول المذى أهو الذكر أو محل الأذى، لأن النبي ﷺ أمر بغسل الفرج
و الفرج له أول و أخ.

قال ابن راشد: وهم، فإن الخلاف إنما هو في الإسم الذي له مراتب يطلق على كل منها بطريق الحقيقة كلقطة الدراهم في حق من أقر لشخص بدراهم مثلاً، و أما ما له حقيقة واحدة، و يطلق على البعض من طريق المجاز، فلا خلاف فيه، لأن الأصل الحقيقة، و إنما مستند العراقيين القياس انتهى.

قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: الحكم المرسل على اسم أو المعلق بأمر هل يتعلق بأقل ما يصدق عليه حقيقة، أو بأكثره؟ اختلف المالكية فيه، و يسمونه الأخذ بأوائل الأسماء أو بأواخرها، و مما بُنى عليه المازري و ابن البشير الخلاف في مفسول المذى أهو الذكر، أم محل الأذى؟ و هذا لا يصح لأنه مجاز في البعض و من ثم قيدنا بالحقيقة، و إنما هذا على أن الغسل للنجاسة فقط، أو يطلب مع ذلك قطع مادته.

و إنما يُبنى على هذه القاعدة، و جوب تمكين الجبهة و الأنف من الأرض، على ظاهر الرسالة و نص ابن الحاجب و إن كان عبد السلام صاحبنا قد حمله على الاستحباب، و إصاق العقب بأخر درج الصفا و المروة، و ما أشبههما مما يصدق على الوجهين حقيقة انتهى.

و تقرير كلام المؤلف و يركن في الاسم بالأخذ بأول، أو آخر، هل يركن إلى الأخذ بأول مراتبه أم بأخرها؟

ص هل ما غنم يملك بالفتح أو إن كان قسم
عليه من لحق والذ اعتقا كمسلم وبالفتح.....

ش أي الغنيمة هل تملك بالفتح أو بالقسمة على الغانمين؟ و عليه من

لحق بالجيش بعد استقرار الهزيمة و قبل القسم لم يشاركوهم على الأول و هو مذهب مالك و الشافعي دون الثاني و هو مذهب النعمان و إليه أشار المؤلف بقوله: « عليه من لحق » ونحوه في قواعد المقرئ و عليه أيضا من أعتق قبل القسمة أو أسلم، أو بلغ و ما أشبه ذلك لا يسهم لهم على الأول دون الثاني.

و أما من مات بعد الفتح و قبل قسمة الغنيمة فإنه يسهم له ابن عبد السلام: و لا نعلم فيه خلافا، قال: فإن قيل: يرد هنا ما نقلوه من أنه اختلف على قولين هل تملك الغنيمة بنفس أخذها أو بالقسمة على الغانمين؟ فجوابه أن هذا الخلاف ليس بعام و إنما مرادهم من لحق بالجيش أو اسلم أو أعتق أو أبلغ.

ص هل علقا
حكم بإسهام على القتال قط	أو كون محكوم له لما فرط	
معدا العبد عليه ذكروا	مع امرأة إن قاتلا.....	

ش أي الحكم هل علق على القتال أو على كون المحكوم له معدا لذلك؟ وفي عليه هل يسهم للعبد و المرأة إذا قاتلا؟.

قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: اختلف المالكية في الحكم بالسهم هل علق على القتال فقط، أو على كون المحكوم له به معدا لذلك و هو الحر البالغ و عليهما هل يسهم للعبد و المرأة إذا قاتلا أم لا؟.

ابن الحاجب: و الذمي كالعبد، ثالثها يسهم له إن احتيج له و في المرأة إن قاتلت قولان.

خليل: و ظاهره أن الأقوال الثلاثة منصوصة في العبد و الذمي، و المنصوص في العبد إنما هو عدم الإسهام، و القولان الآخران مخرجان على قول ابن حبيب و سحنون في الذمي، و هكذا حكى المازري و غيره، و المشهور في المرأة عدم الإسهام و مقابله إن قاتلت قتال الرجال أسهم لها، نقله اللخمي و الباجي و المازري، و ابن راشد القفصي، و ابن حبيب، و انظر هل يتخرج الثالث الذي تقدم في العبد هنا قوله: «قط» هو اسم فعل، بمعنى اکتف بالقتال، و لا تضاف إليه كون المقاتل معدا للقتال، قوله: «لما فرط» هو متعلق بمعد بعده و هو اسم مفعول أعددت الشيء أعده إعدادا هيأته أي على كون المحكوم له معدا لما سبق في الكلام و هو القتال.

قوله: «العبد» - إلى آخره - أي ذكروا العبد و المرأة إن قاتلا مبنيين على هذا الأصل.

ص
ذو الجهل أم لا والذي قد حققا هل يعذر
حق به للغير إن كان وسع	قاض نعم إن لم يكن تعلقا
وبعضهم بعلم جنس قيده	ترك تعلم وإلا يمتنع
وهو العبادات و مصرف غير	والغير بالحرص بعد قصده
معتكف قاطع مسكوك لعان	منفقة و ذات شرط أو ضرر
وكل بيع فاسد مظاهران	منكحتان و غريم معتقان
كما بتخيرو عتق أمتين	مال يتيم حائر فرعا رهان
ثلاث بيعات طبيب رجعه	دال بتمليك و في شهادتين
	مفتى و قذف سارق و شفعة

تحليف كالأب وحده كذا زان وشارب بعذر نبذا

ش قال في إيضاح المسالك: الجهل هل ينتهض عذرا أم لا؟ و عليه الخلاف في إلحاقه بالناس في العبادات، و من ابتداء صيام الظهر جاهلا بمر أيام الأضحى في أثناءه فعلى العذر أفطرها و قضاها متتابعة، و على أن لا فلا، و الحق إن وجب العلم و لم يشق مشقة فادحة، لم يعذر و إلا فيعذر، لأن الله أمر من يعلم بأن لا يكتم، و من لا يعلم بأن يسأل انتهى.

و قال الإمام أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: قال القرأفي: ضابط ما يعفى عنه من الجهالات ما يتعذر الاحتراز عادة منه أو يشق أما ما لا يتعذر، و لا يشق فلا يعفى عنه.

قلت: أمر الله عز و جل العلماء بأن يبينوا، و من لا يعلم بأن يسأل فلا عذر في الجهل بالحكم ما أمكن التعلم، أما المحكوم فيه كمن وطئ أجنبية يظنها زوجته فعلى ما قال، و الله أعلم.

و هذا باعتبار الإثم، و قد اختلف المالكية في تنزله منزلة الساهي أو العامد في الحكم انتهى.

و قال أيضا: قاعدة: الجهل بسبب عذر كتمكين المعتقة جاهلة بالعتق و بالحكم قولان للمالكية كتمكينها جاهلة أن لها خيار و الصحيح الفرق بين ما لا يخفى غالبا كالزنا و السرقة و الشرب و ما قد يخفى مثل هذا، و لذلك علل ابن القصار المشهور باشتهار حديث بريرة بالمدينة بحيث لا يخفى على أمة انتهى و قال أيضا: قاعدة: اختلفوا في الجهل هل ينتهض عذرا أم لا؟

و عليه إلحاقه بالناس في العبادات، و فيمن ابتدأ صيام الظهر جاهلا بمرور أيام الأضحى في أثناءه فان عذر أفطرها و قضاها متتابعة، و الحق إن وجب العلم و لم يشق مشقة فادحة لم يعذر، و إلا عذر، لأن الله عز و جل أمر من يعلم بأن لا يكتم، و من لا يعلم بأن يسأل انتهى.

و هذه القاعدة هي التي نقل صاحب إيضاح المسالك و مثل القراني لما يعفى عنه من الجهالات لكونه يتعذر الاحتراز عنه و يشق بخمس صور قال: إحداهما: من وطئ أجنبية بالليل يظنها امرأته، أو جاريتها عفي عنه لأن الفحص عن ذلك مما يشق على الناس.

و ثانيهما: من أكل طعاما نجسا يظنه طاهرا فهذا جهل يعفى عنه، لما في تكرر الفحص عن ذلك من المشقة و الكلفة، و كذلك المياه النجسة و الأشربة النجسة لا إثم على الجاهل بها.

و ثالثها: من شرب خمرا يظنه خلا فإنه لا إثم عليه في جهله بذلك و رابعها: من قتل مسلما في صف الكفار يظنه حربيا فإنه لا إثم عليه في جهله به لتعذر الاحتراز عن ذلك في تلك الحال ولو قتله في حالة السعة من غير كشف عن حاله إثم.

و خامسها: الحاكم يقضي بشهود الزور مع جعله بحالهم لا إثم عليه في ذلك لتعذر الاحتراز من ذلك عليه، و قس على ذلك ما ورد عليك من هذا النحو و طالع تمام كلامه في الفرق الرابع و التسعين.

الإمام أبو القاسم ابن الشاط: ما قاله صحيح غير إطلاقه فيه لفظ الظن في وطء الأجنبية و ما معه، فإنه إن أراد حقيقة الظن الذي يخطر لصاحبه احتمال نقيضه فلا أرى ذلك صوابا، و إن أراد بالظن الاعتقاد الجازم الذي لا يخطر فيه احتمال النقيض فذلك صواب و غير قوله تكليف المرأة البلهاء المفسودة المخراج - إلى آخره - .

القرافي: بعد أن ذكر في هذا الفرق الإجماع على أن المكلف لا يجوز أن يقوم على أمر حتى يعلم حكم الله فيه .

قال: و إذا كان العلم بما يقدم الإنسان عليه واجبا كان الجهل في الصلاة عاصيا بترك العلم فهو كالمتمعد الترك بعد العلم هل وجب عليه، فهذا وجه قول مالك رحمه الله: إن الجهل في الصلاة كالعمد، و الجاهل كالمتمعد لا كالناسي، و أما الناسي فمعفو عنه لقوله عليه السلام: «رفع عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكروها عليه» .

و أجمعت الأمة على أن النسيان، لا إثم فيه من حيث الجملة، فهذا فرق، و فرق ثان و هو أن النسيان يهجم على العبد قهرا لا حيلة له في دفعه و الجهل له حيلة في دفعه بالتعليم و بهذين الفرقين ظهر الفرق بين قاعدة النسيان و قاعدة الجهل .

البقوري في اختصار الفروق و ترتيبها على أبواب الفقه: و إنما كان أثما بالجهل دون النسيان لما بينهما من الفرق، من حيث إن النسيان لا يتصور الاحتراز منه و الجهل يتصور الاحتراز منه فالنسيان كالجهل الذي لا يتصور

الاحتراز منه .

قلت : و هذا هو الفارق الحقيقي انتهى .

المقصود منه ، و سيأتي في فصل لا يسقط الوجوب بالنسيان الفرق أيضا بين الخطأ و النسيان .

قوله : « و الذي قد حققا قاض » - البيتين - المراد بالقاضي هو القاضي ابن رشد و تنكيره للتعظيم أي قاض ، أي قاض ، أو قاضي عظيم .

قال رحمه الله في رسم إن خرجت من التخيير : الأصل في هذا أن كل ما يتعلق به حق لغيره فلا يعذر الجاهل فيه بجهله ، و ما لا يتعلق به حق لغيره فإن كان مما يسمعه ترك تعلمه عذر فيه بجهله ، و ما لا يسعه ترك تعلمه لم يعذر فيه بجهله ، فهذه جملة كافية يرد إليها ما شذ عنها انتهى .

و يدخل في قول المؤلف « و إلا يمتنع » أمران ما يتعلق به حق للغير و ما لا يسعه ترك تعلمه و إن لم يتعلق به حق للغير و ما لا يسعه ترك تعلمه و إن لم يتعلق به حق للغير ، أي و إن انتفى الأمران معا ، أو أحدهما فلا يعذر ، و الذي يعذر به ما لم يتعلق به حق للغير و كان يسع ترك تعلمه و إن تعلق به حق للغير و إن كان لا يسع ترك تعلمه لم يعذر .

قوله : « و بعضهم بعلم جنس قيده » أي قيد ما لا يعذر فيه الجاهل بما يعلمه أبناء جنسه غالبا ، فأما من ادعى الجهل فيما يجهله أبناء جنسه غالبا فالقول قوله في جهله و لهذا لما سئل أبو الحسن الصغير عن مسألة إبنته تصدقت

بجميع ميراثها من أبيها على إختوتها، و هي بكر مهملة ثم تزوجت و اقتسم الإخوة جميع التركة المذكورة على عين الأخت المذكورة، و كانوا يبيعون و يتصرفون بأنواع التصرف مدة من عشرين سنة فقامت الآن الأخت المذكورة على أخواتها، و على من اشترى منهم طالبة ميراثها من أبيها فقبل لها: ما منعك من القيام طول المدة المذكورة، و قد عاينت تصرف إخوتك بالبيع و غير ذلك؟ فقالت: ما معنى من القيام إلا ظني أن الصدقة التي عقدت تلزمني، و الآن قيل لي لا تلزمك، فهل تعذر فيما ادعت بالجهل و تصدق في دعواها أم لا؟ أجاب بأن قال: القول قول القائمة المذكورة عن طلب حقها إنما كان، لأنها لم تعلم أن هبة البكر المهملة غير لازمة لها إلى يوم القيامة، أو إلى ما تعد فيه من الزمان من وقت علمها بالحكم إلى وقت قيامها مجيزة لهبتها، مع يمينها، في مقطع من الحق، لأن ما ادعت الجهل فيه مما يجهله العوام غالباً و لا يعرفه إلا أهل الفقه، و عادتهم أن من ادعى الجهل فيما يجهله أبناء جنسه فالقول قوله في جهله، و النصوص على هذا المعنى كثيرة.

ففي كتاب محمد عن أشهب عن مالك في امرأة أوصت بوصية لبعض ورثتها فقال زوجها «كنت» كاتب الصحيفة و ما علمت أنه لا وصية لو ارث فقال مالك: إذا حلفت أنك ما علمت لم يلزمك ذلك، على أن الحكم في الوصية، للوارث أشهر إذ لا خلاف أنها موقوفة على إجازة الورثة، و صنيع البكر المهملة إنما يرد على المشهور، و إلا فغير ابن القاسم يمضيه، و الضابط لهذا المعنى هو ما تقدم انتهى.

و لما ذكر صاحب إيضاح المسالك، في نوازل هذا الضابط الذي ذكره أبو

الحسن في العذر بالجهل و ذكر أثره ضابط ابن رشد السابق، قال: فتأمله مع ضابط الشيخ المجيب.

قلت: و من هذا القبيل لو قال الوارث بعد أن أجاز الوصية للوارث، أو بزائد الثلث في حال تلزمه إجازتها، لم أعلم أن لي رد الوصية، فإن كان مثله يجهل حلف و لم يلزمه.

ابن الحاجب: و لو قال ما علمت ان لي ردها و مثله يجهل حلف و يشبه أن يكون منه أيضا المعتقة تحت العبد لا تختار حتى يعتق لجهلها بالحكم على تأويل ابن القصار.

قوله: «و الغير بالحصر بعد قصده و هو العبادات» - إلى آخره - أي و غير من تقدم قصد ما لا يعذر فيه الجاهل بالحصر بالعد لا بالضابط، و القاعدة و ممن سلك هذا المسلك صاحب توضيح فمن ذلك من مسائل الوضوء، و الصلاة و الحج و هذا الذي عنى المؤلف بالعبادات.

و منه من دفع زكاة لكافر أو غني يظن الكافر مسلما، و الغني فقيرا فلا تجزيه و هو معنى قوله: «و مصرف غبر» أي مضى، و المرأة يغيب عنها زوجها فتنفق من ماله ثم يأتي نعيه فتد ما أنفقت من يوم الوفاة و إليه أشار بقوله: «منفقة» و التي يقول لها زوجها إن غبت عنك أكثر من ستة أشهر فأمرك بيدك، فيغيب عنها و يقيم بعد ستة المدة الطويلة من غير أن تشهد أنها على حقها، ثم تريد أن تقضي و تقول جهلت و ضننت أن الأمر بيدي متى شئت و إليه أشار بقوله: «ذات شرط» و من أثبتت أن زوجها يضربها فتلوم له الحاكم ثم أحضره ليطلق

عليه فادعى أنه وطئها، يسقط حقها ولو ادعت الجهل و من وطئ في اعتكافه
و ادعى الجهل بطل اعتكافه، و لا يعذر.

و من يقطع الدنانير و الدراهم المسكوكة فلا تجوز شهادته و لو كان جاهلا
و من رأى حمل امرأته و لم ينكره، ثم أراد بعد ذلك أن ينفيه بلعان.

و البكر تستأذن فتصمت، ثم يقول: ما علمت أن الصمت إذن و المرأة تزوج
و هي حاضرة فتسكت و لا تنكر حتى يدخل بها الزوج، ثم تنكر النكاح
و تقول: لم أرض و تدعي الجهل و هاتان هما المراد بقوله: «منكحتان» بفتح
الكاف أي و امرأتان منكحتان.

و الغريم يعتق بحضرة غرمائه فيسكتون، و لا ينكرون، ثم يريدون القيام
و يدعون الجهل أو الغريم رب الدين الحاضر للعتق، و من ابتاع أحدا ممن يعتق
عليه جهلا فيعتق عليه، و لا يعذر بجهل.

و من شرب أو قذف أو زنى جاهلا عتق نفسه يحد حد الحر و إلى هذين أشار
بقوله: «معتقان» بفتح التاء، و البيوع الفاسدة كلها حكم الجاهل فيها كالعالم
و منها: مظاهران إحداهما وطئ قبل الكفارة، و الآخر وطئ في إثنائها فيعاقب
الأول قاله أصبغ، و يستأنف الثاني، و لا يعذران بجهل.

و أكل مال اليتيم يدعي الجهل و من ذلك من حاز مال رجل مدة الحياة
التي تكون عاملة، و ادعى أنه ابتاعه فإنه يصدق مع يمينه، و لا يعذر صاحب

المال إن ادعى الجهل و المرتهن يطاء الأمة المرهونة فإنه يحد و لا يعذر بالجهل و المرتهن يرد الرهن فتبطل الحيازة و لا يعذر بالجهل و إليها أشار بقوله: «فرعا رهان» و في بعض النسخ «باء الرهان» و أراد الباء من حساب الجمل، وهي تنقط اثنين و المخيرة تقضي بالواحدة، ثم تريد أن تختار بعد ذلك ثلاثا، و تقول: جهلت و ظننت أن لي اختيار واحدة، فيبطل خيارها، و لا تعذر بالجهل.

و التي يخيرها زوجها فلا تقضي بالمجلس، على أول قولي مالك ثم تريد أن تقضي و إليه أشار بقوله: «كما تخيير» أي كما في التخيير من الفرعين و الأمة . . . المعتقة تحت عبد إذا و طئها زوجها بعد عتقها، و ادعت الجهل بالحكم فإنه يسقط خيارها.

و من اشترى نصرانية فأعتقها في الكفارة، قال أصبغ: إنها لا تجزيه، و لا يعذر بجهل و إليهما أشار بقوله: «و عتق أمتين».

و من ملك زوجته فقضت بالبتة و ادعى الجهل بحكم التملك، ف قيل له: يلزمك ما أوقعت، فقال: ما أردت إلا واحدة.

و الذي يملك امرأته أمرها فتقول: قد قبلت ثم تصالحه بعد ذلك، بعد أن تسئل ما قبلت ثم تقول: كنت أردت ثلاثا، لترجع فيما صالحت به أنها لا ترجع على الزوج بشيء، لأنها حين صالحت علمنا أنها لم

تطلق ثلاثا.

و الرجل يجعل أمر امرأته بيد غيرها، فلا يقضي المملك حتى يطأها، ثم يريد أن يقضي ويقول: جهلت و ظننت أن ذلك لا يقطع ما كان لي.

و التي يملكها زوجها فلا تقضي في المجلس على أول قولي مالك ثم تريد أن تقضي و إلى هذه الصور الأربع أشار بقوله: «دال تمليك» و هذه الأربع هي التي في التوضيح و في بعض النسخ خمس بتمليك أي خمس مسائل في التمليك و لعله يعني بالخامسة المملكة تمكن من نفسها عالمة بالتمليك، و تدعي الجهل فإن التمكين يسقط خيارها.

أو أراد التي ملك أمرها لأجنبي، و سافر و لم يشهد على أنه يرجع من سفره و يقضي فلما رجع أراد القضاء.

و رأيت في طرة بخط المؤلف على نسخة من الأم بخطه أيضا، تفسير الخمس بما عدا المملكة تمكن من نفسها، إلى آخر الصورة.

و الشاهد: يخطئ في شهادته في الأموال و الحدود و فسرها بعض تلامذة المؤلف في طرة بخطه على الأم، بأن قال: رجل شهد على مال غير فقضى للمشهود له به و رجع الشاهد، و قال: غلطت بل هو للأخر فحكم عليه بالغرم، فقال: إني جاهل فيما علمت.

و الشاهدان يريان الفرج يستحل، و الحر يستخدم، فيسكتان ولا يقومان بشهادتهما ثم يقومان يدعيان الجهل فلا تقبل شهادتهما و إلى هذين الفرعين

أشار بقوله: «و في شهادتين».

و من باع جارية و قال: كان لها زوج فطلقها، أو مات عنها، و قالت ذلك الجارية لم يجز للمشتري أن يظأ و لا يزوج حتى تشهد البينة، على الوفاة، أو الطلاق، و إن أراد ردها و ادعى على أنه ظن أن قول البائع و الجارية في ذلك مقبول لم يكن له ذلك، و إن كان ممن يجهل معرفة ذلك.

و الرجل يبيع العبد على الخيار و يتركه بيد المبتاع حتى يطول الأمر بعد انقضاء أيام الخيار.

و الرجل يباع ملكه و يقبضه المشتري و هو حاضر لا يغير و لا ينكر ثم يدعي أنه لم يرض و يدعي الجهل و إلى هذه الفروع الثلاثة أشار بقوله: « ثلاث بيعات».

و الطبيب، يقتل بمعاناته و هو جاهل بالطب و كذا المتصدي للفتوى بغير علم و المطلقة يراجعها زوجها، فتسكت ثم يظأها ثم تدعي أن عدتها كانت انقضت و تدعي الجهل في سكوتها.

و من قذف رجلا يظنه عبدا فإذا هو حر فإنه يحد له و من سرق ثوبا لا يساوي النصاب فوجد النصاب فيه مصرورا فادعى جهل ما فيه.

و الشفيع يقوم بعد العام و هو عالم بالبيع حاضر و من وجبت له على أبيه يمين، أو حد فأخذه بذلك، فلا تجوز شهادته، ولا يعذر بالجهل، وقيل لا تسقط

بذلك شهادته.

و البدوي يقر بالزنا، و الشرب، و يقول: فعلت ذلك جهلا.

قوله: «فعدر نبذا» أي فعدر في المسائل التي ذكر مطروح، أو فعدر من هؤلاء مطروح.

و عاب ذا اللخمي عياض و عدم	و هل يراعي الاختلاف لا، نعم
بأنه أعمال ما قد عرفه	قيس و قد أجاب نجل عرفه
مدلوله و في نقيضه حتم	خصص من الدليل في الذي لزم
.....	غير لرجحانه

شي قد مر بعض الكلام على مراعاة الخلاف في قاعدة هل كل مجتهد في الفروع الظنية مصيب، أو المصيب واحد.

قال في إيضاح المسالك في أثناء كلامه على صلاة المالكي خلف الشافعي، و بالعكس: و القول بمراعاة الخلاف فدعا به جماعة من الفقهاء، و منهم اللخمي، و عياض، و غيرهما من المحققين، حتى قال عياض: القول بمراعاة الخلاف لا يعضه القياس و للشيخ المحقق أبي عبد الله بن عرفة - رحمه الله - في القول بمراعاة الخلاف جواب كبير يطول بنا جلبيه انتهى.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: من أصول المالكية مراعاة الخلاف و قد اختلفوا فيه ثم المراعي منه أهو المشهور وحده، أم كل خلاف؟ ثم في المشهور، أهو ما كثر قائله، أم ما قوى دليبه؟ قال صاحبنا القاضي أبو عبد الله

بن عبد السلام: المراعاة في الحقيقة أعطاء كل من دليلي القولين حكمه و هذا يشير إلى المذهب الأخير، و أقول فإنه يراعي المشهور و الصحيح قبل الوقوع خلافا لصاحب المقدمات، توكيا و احترازا، كما في الماء المستعمل، و في القليل بنجاسة، على رواية المدنيين، و بعده تبريا و إنفاذا كأنه وقع عن قضاء أو فتيا، إلا فيما يفسخ من الأقضية، و لا يتقلد من الخلاف و قد تستحب الإعادة في الوقت و نحوها انتهى.

و رواية المدنيين في القليل بنجاسة هي كراهته مع وجود غيره و رواية المصريين نجاسته.

و قال أيضا: قاعدة: إذا قيل بمراعاة الشاذ فقد اختلف هل يراعي شذوذ القائلين أو شذوذ الدليل؟ قال ابن بشير: و قد خاطبت بهذا بعض من ينسب إليه الفقه فأنكره حتى اختبرته بالقولين إذا وقع الصلح أو العفو عن القاتل غيلة هل يمضي لخلاف الناس، أو لا يمضي لأنه خلاف شاذ؟ و أجزته بقول أصبغ و غيره: إن نكاح الشغار لا تقع فيه المواريث، و لا الطلاق و لأن دليله ضعيف، و إن قال به النعمان بل روى عن مالك أنه يمضي بالعقد انتهى.

و في التوضيح: فائدة: كثيرا ما يذكر أهل المذهب الحكم كذا مراعاة للخلاف و يقولون هل يراعى، كل خلاف أو المشهور؟ و هل المشهور ما قوي دليله أو كثر قائله خلاف؟ و كذلك اختلف في المشهور في مذهبنا، و الذي ذهب إليه المغاربة أنه مذهب المدونة.

ابن عبد السلام: و الذي ينبغي أن يعتقد أن الإمام - رحمه الله تعالى - إنما

يراعي ما قوي دليله و إذا قوي فليس بمراعاة خلاف و إنما هو إعطاء كل من الدليلين ما يقتضيه من الحكم مع وجود المعارض فقد أجاز الصلاة على جلود السباع، و أكل الصيد و إن أكل الكلب منه، و باح بيع ما فيه حق توفية من غير الطعام قبل قبضه مع مخالفة الجمهور فيها فدل على أن المراعي عنده إنما هو قوة الدليل انتهى.

و في التوضيح أيضا في ترجمة تمييز ما يفسخ بطلاق من غيره: و اعلم أن ابن بشير و غيره ذكروا عن بعض القرويين أن ابن قاسم و إن قال بمراعاة الخلاف في هذا الباب فإنه لا يطرد ذلك حتى يفسخ نكاحا صحيحا على مذهبه لمراعاة مذهب غيره، مثاله: أن يتزوج تزويجا مختلفا فيه و مذهبه أنه فاسد ثم طلق فيه ثلاثا، فابن القاسم يلزمه الطلاق و لا يتزوجها إلا بعد زوج، فلو تزوجها قبل زوج لم يفسخ نكاحه لأن التفريق حينئذ إنما هو لاعتقاد فساد نكاحها و نكاحها عنده صحيح و عند المخالف فاسد، و لا يمكن إنسان ترك مذهبه لمراعاة مذهب غيره، يريد أن منعه من تزويجها أولا إنما كان مراعاة للخلاف، و فسخ النكاح ثانيا لو قيل به لكان مراعاة للخلاف أيضا، فلوروعي الخلاف في الحاليين لكان تركا لمذهب بالكلية، و شرط مراعاة الخلاف عند القائل به أن لا يترك المذهب بالكلية.

(ع): و هو كلام لا بأس به إن كان موجب الطلاق عند ابن القاسم مراعاة الخلاف ليس إلا، و أما إذا كان حصول شبهة النكاح المقتضية للحقوق الولد و درء الحد و غير ذلك من الأحكام التي يساوي فيها هذا النكاح النكاح الصحيح، فالطلاق حينئذ واقع كوقوعه في النكاح الصحيح، فيفسخ النكاح إن تزوجها قبل زوج، و لا يقال لا يصح أن تكون الشبهة هي المقتضية لوقوع

الطلاق، لحصولها في النكاح المجمع على فساده لأن الشبهة في المجمع على فساده، لا تساويها في المختلف فيه فيجوز لاختلاف الشبهة اختلاف آثارها انتهى و الإشارة بصورة العين إلى ابن عبد السلام.

قال: و رأى ابن بشير أنه يختلف في مراعاة القول الشاذ من سلم مراعاة الخلاف المشهور، و احتج على ذلك بأمور، انظر تمام كلامه.

الإمام المقري: قاعدة: اختلفوا في فسخ الصحيح مراعاة لقول الغير كمن نكح نكاحاً مختلفاً فيه، ثم طلق ثلاثاً، قال ابن القاسم: يلزمه الطلاق، لكنه إن بادر فتزوجها قبل زوج لا يفسخ، لأننا نصير نفسخ ما صح عندنا، مراعاة لقول غيرنا، وهذا لا يمكن أن يقال.

قلت: هو كما قال في ابتداء الأمر، و أما في مثل هذه المسألة ففيه نظر انتهى.

أبا صاع في شرح الحدود: و هل يراعى الخلاف ابتداءً أو إنما يراعى بعد الوقوع و يدل للأول قول ابن الحاجب: و يكره للخلاف و قبوله، و نقل عن شيخنا أبي القاسم القباني رحمه الله: أنه كان رد به على ابن زعم على أنه لا يكون إلا بعد الوقوع.

و يدل للثاني: كلام الشيخ المغربي لما تكلم مع ابن رشد بعد ذكره الخلاف في المسبوق هل هو قاض أو بان؟ قال ابن رشد: و الذي قاله مالك: إنه إذا أدرك ركعة من الظهر و سلم الإمام يقرأ بأم القرآن و سورة و يجلس فإذا قام قرأ بأم

القرآن و سورة إنما أجب بأن ما أدرك مع الإمام أولها، و رأى أن يحتاط بزيادة السورة في الثالثة رعيًا للخلاف المغربي: و فيه إشكال، لكونه راعي الخلاف قبل الوقوع، و إنما يراعى بعده، فتأمله.

قوله: «و قد أجب نجل عرفة - إلى آخره - أي أجب عن إشكال»، و رد على مراعاة الخلاف و السؤال و الجواب في نوازل البرزلي.

قال الشيخ ابن عرفة أثر السؤال: حاصل هذا السؤال، استناد مالك و غيره من أهل المذهب إلى رعي الخلاف و جعله قاعدة مع أنهم لا يعتبرونه في كل موضع مشكل من ثلاثة أوجه: الأول: إن كان حجة عمت و إلا بطلت أو لزم ضبط موجب تخصيصها بموضع دون آخر.

الثاني: على فرض صحته ما دليله شرعاً، و على أي شيء من قواعد أصول الفقه يبني، مع أنهم لم يعدوه منها.

الثالث: أن الواجب على المجتهد اتباع دليله اتحداً و راجحه إن تعدد فقوله بقوله غيره أعمال لدليل غيره أعمال لدليل غيره و ترك لدليله.

و جوابه أن يقال: تصور رعي الخلاف سابق على مطلق الحكم عليه فرعي الخلاف عبارة عن أعمال دليل في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر.

مثاله: أعمال مالك دليل خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشغار في لازم مدلوله و مدلوله عدم فسخه، و لازمه ثبوت الإرث بين الزوجين فيه و لكن

هذا المدلول وهو عدم الفسخ، أعمل في نقضه - وهو الفسخ - دليل آخر، وهو دليل فسخه، إذا تقرر هذا فالجواب عن الأول: أن تقول: هو حجة في موضع دون آخر.

قوله: ما ضابطه؟ قلنا: ضابطه رجعان دليل المخالف عند المجتهد على دليله في لازم قول المخالف، كرجحان دليل المخالف في ثبوت الإرث عند مالك، على دليل مالك في لازم مدلول دليله، وهو نفي الإرث و ثبوت الرجحان ونفيه وهو بحسب نظر المجتهد، وإدراكه في النوازل، فمن هذا كان رعي الخلاف في نازلة معمولاً به وفي أخرى غير معمول به.

والجواب عن الثاني: وهو قوله ما دليله شرعاً؟ من وجهين: الأول: الدليل الدال على وجوب العمل بالأرجح، وهو مقرر في أصول الفقه فلا نظول به.

الثاني: حديث قوله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي عنه يا سودة» وحجة الحديث ووجه دلالاته على ما قلناه عنه واضحة بعد تأمل ما ذكرنا وفهم ما قررناه والله المطلع على السرائر.

والجواب عن الثالث: وهو قوله: إنه إعمال لدليل غيره وترك لدليله أنا بينا أنه إعمال لدليله من وجه هو فيه أرجح، وإعمال لدليل غيره فيما هو فيه عنده أرجح، حسبما بيناه وحسبما تضمنه حديث «الولد للفراش» من العمل بالدليلين فيما كل منهما فيما هو فيه أرجح ليس هو إعمالاً لأحدهما وتركاً للآخر، بل هو إعمال الدليلين معاً حسبما قررنا، والله أعلم وبه

التوفيق انتهى باختصار و تمام البحث و تحقيق المسألة في شرح حدود الشيخ ابن عرفة للإمام الرصاع.

قوله: «لا نعم» أي فليل لا، و قيل نعم، أو قوله: لا، جواب الاستفهام المذكور و يقدر آخر يكون نعم جوابا عنه قوله: «عياض و عدم قياس» أي و قال أي عياض: عدم في مراعاة الخلاف القياس لما فيها من عدم الجريان على مقتضى الدليل، أو يقدر القول حالا، أي و عاب الخلاف اللخمي، و عياض حال كون عياض قائلًا: و عدم قياس، أو يكون التقدير قال عياض: هو معيب و عدم فيه القياس قوله: «و قد أجاب نجل عرفة» - إلى آخره - ضمير أنه، عائد على رعي الخلاف و ضمير مدلوله عائد على الدليل.

و ضمير نقيضه عائد على المدلول، و غيره أي غير الدليل المعمل و هو دليل آخر و لرجحانه أي الدليل المعمل، و في الذي متعلق بإعمال.

الإمام الرصاعي: فقوله: «إعمال دليل» جنس لمراعاة الخلاف يصدق عليه و غيره كذا مدلوله عرفا، و أما في اللغة: فالرعي الاعتبار، تقول: رعى فلان فلانا أي اعتبره و قام له بما يناسب و الإعمال مسبب عنه، و الجاري على غالب طريقه أن يقال هو لقب على إعمال - إلى آخره - لأن المحدود مضاف و ربما يقال قوله عبارة عن كذا يقوم مقام لقب قوله دليل خرج غيره في لازم مدلوله، مخرج لإعماله في مدلوله.

و الدليل: هو ما يمكن التوصل به إلى مطلوب خبري، و المدلول هو المطلوب فالنهي الوارد مثلا، في نكاح الشغار إذا وقع يجب فسخه، عند مالك بطلاق

في رواية، وبغيره في أخرى و من خالف مالك يقول: لا يجب فسخه إذا وقع.
 و الجاري على فسخه بلا طلاق ألا يلزم فيه طلاق إن وقع و لا ميراث، و قد
 وقع لمالك أنه يقع فسخه بطلاق و يلزم فيه الطلاق و يقع فيه الميراث بينهما إذا
 مات أحدهما، فالجاري على أصل دليله و لازم قوله، أنه لا ميراث في ذلك،
 فلما قال بثبوتها فقد أعمل دليل خصمه القائل بعدم فسخه إذا وقع بدليل دل
 على ذلك و هو عدم الفسخ و عدم فسخ النكاح لازمه ثبوت الميراث، فأعمل
 مالك دليل خصمه في لازم مدلوله و هو ثبوت الميراث، و الملزوم الذي هو
 المدلول نفسه أعني عدم الفسخ أعمل مالك دليله في نقضيه و هو فسخه فأعمل
 دليل خصمه في لازم نقض فسخ النكاح، و هو معنى قولهم مراعاة الخلاف،
 إعمال، دليل كل من الخصمين فصح من هذه أنه يكون حجة في موضع دون
 آخر و أنه بحسب ما يقع في نفس المجتهد من رجحان دليل المخالف انتهى.

و قد علمت مما سبق أن هذا الذي ذكر المؤلف إنما هو تعريف لرعي الخلاف
 و ليس بجواب عن واحد من الإشكالات السابقة، نعم فيه إيحاء إلى جواب
 الإشكال الثالث و لعل المؤلف أطلق عليه الجواب لذلك أو لأنه مطلع الجواب
 و الأول أبين و الله أعلم.

ص... هل ذو سبب في الاعتداء عليه كالمسبب

ش أي التعدي على السبب هل هو كالتعدي على المسبب أم لا؟ و قد
 مر هذا الأصل مع بعض ما بني عليه عند الكلام على قاعدة الترك هل هو

كالفعل أم لا؟ ومن فروعِهِ أيضاً من قتل عجلاً فإمتنعت البقرة من الحلاب.

هل خوطب الكفار بالضرع عليه كالوطء لذى الرجوع
والغسل والكرأ وإحداد طلاق وغرم كالخمر وتحليل عتاق

هل أي الكفار هل هم مخاطبون بفروع الشريعة أم لا؟ و عليه إباحة وطئها
لزوجها المسلم يقدم في نهار رمضان وهو معنى قول المؤلف «لدى الرجوع» أي
من سفره وإجبار الذمة تحت المسلم على الغسل من الحيض.

قال في البيان: والخلاف جار على اختلافهم في الكفار هل هم مخاطبون
بفروع الشريعة أم لا؟ لأن المسلم أمر أن لا يظأ من يجب عليها الغسل من
الحيضة حتى تغتسل انتهى.

والخلاف أيضاً في الجنابة و كراء الدابة منهم ليركبوها لأعيادهم وكبيع شاة
منهم لعيدهم، فعلى الخطاب فهم عاصون بإقامة عيد لأنفسهم فيكون المسلم
عاصياً في إعانته لهم على معصيتهم، وعلى أن لا فلا؟ وعليها لزوم الإحداد
و عدة الوفاة على الكتابية من المسلم، على معنى أنها هل تعتد بأربعة أشهر
وعشراً كالمسلمة أو إنما تستبرأ بثلاثة أقرأ.

وهل تلزم بالإحداد كالمسلمة أو لا؟ بناء على القاعدة، ويحتمل أن يكون
عدم الإحداد لكونها لم تدخل تحت قوله ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله
واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً».

و طلاقه و عتقه، و العتق بالمثلثة بمعنى أن الطلاق الكافر في حال الكفر هل

يلزمه أو لا؟ و كذا إعتاقه لعبده هل يلزمه العتق فلا يكون له الرجوع أو لا؟
و كذا لو مثل بعبده هل يعتق عليه أو لا؟.

و هذان الفرعان داخلان تحت قول المؤلف: «عتاق» وغرم من أتلف له خمرا
أو خنزيرا و قد قال خليل في مسألة الخمر، و الأظهر أن المسلم يضمن لهم،
و إن قلنا إنهم مخاطبون لأنهم أقرأوا على تملكها انتهى.

وعليه أيضا تمكين المستأمن من بيع خمر لذمي، و صحة أنكحتهم و فسادها،
فعلى الأول تحل الكتابية المبتوتة بوطء الكافر، و على الثاني لا تحل.

وإلى هذا أشار بقوله: «تحليل» و حمل المسلم أمه الذمية إلى الكنيسة،
و إباحة وطئها لزوجها المسلم يقدم في نهار رمضان.

وإذا عقد على أم و ابنتها ثم أسلم و لم يصبها هل يفسخ أو يختار وإذا
تزوجها بخمر ثم أسلما و لم يدخل فالمشهور أن لها شيئاً بناء على الخطاب
فقيل صداق المثل، و قيل قيمة الخمر، و قيل ربع دينار، و الشاذ لا شيء لها.

قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: الإجماع على خطاب الكفار
بالإيمان و ظاهر مذهب مالك أنهم مخاطبون بالفروع، كالشافعي و فيه قولان،
فقيل فائدته تضعيف العقاب «ما سلككم» لأنهم لا تصح منهم الطاعة، و من
هنا جاء القول بالفرق بين الكف و الفعل لأن الكف لا يفتقر إلى القصد في
براءة الذمة به، لكن في ترتيب الثواب عليه و الصحيح أن فروع كثيرة و منها
اعتبار مقدار التطهر، و قد راعى من لم يعتبره للصبي أمره بها، و فيه قولان
عند ابن بشير خلافا لابن الحاجب و منها الحكم بفساد أنكحتهم أو صحتها،
و عليها لزوم الطلاق و الظهار و غيرهما انتهى.

وقال أيضا: قاعدة: اختلفوا في صحة أنكحة الكفار و فسادها، و عليه
تحليل الكتابية بوطء الكافر، و إذا عقد على أم و ابنتها ثم أسلم و لم يصبها
هل يفسخ أو يختار؟ و المشهور أنه فاسد بأصله مصحح بالإسلام فلا يصح
طلاقه و لا ظهاره و يصح اختياره أربعا أو إحدى الأختين بالنص و القاعدة،
و قال النعمان: صحيح و يبطل نكاح الأواخر و الأخيرة.

وقاله محمد: إلا أنه يختار للآثار، و أصل هذه القاعدة الخلاف في أنهم

مخاطبون بالفروع، و فيها ثلاثة أقوال.

ثالثها: أنهم خوطبوا بمقتضى الكف أو الترك دون الإتيان، أو الفعل، فإذا تزوج بخمر فقبضتها ثم أسلم و لم يدخل فالمشهور أن لها شيئاً بناء على الخطاب، فقيل صدق المثل، وقيل قيمة الخمر، وقيل ربع دينار، و الشاذ لا شيء لها.

و أما النواهي و العقوبات فقال ابن القاسم: لا يعتق عليه بالمثلة إلا المسلم، و قال أشهب: يعتق الذمي لا الحربي انتهى.

قال في إيضاح المسالك: تنبيه قال ابن العربي: لا خلاف في مذهب مالك أن الكفار مخاطبون، و قد بين الله في قوله تعالى: «و أخذهم الربا و قد نهوا عنه».

فإن كان ذلك خبراً عما نزل على محمد ﷺ في القرآن و أنهم دخلوا في الخطاب فيها و نعمت، و إن كان خبراً عما نزل على موسى في التوراة و أنهم بدلوا و حرفوا و عصوا و خالفوا فهل تجوز معاملتهم، و القوم قد أفسدوا أموالهم في دينهم أو لا؟ فظنت طائفة أن معاملتهم لا تجوز و كذلك لما في أموالهم من هذا الفساد، و الصحيح جواز معاملتهم مع رباهم و اقتحام ما حرم الله سبحانه عليهم، فقد قام الدليل على ذلك قرأنا و سنة قال الله تعالى: «و طعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم» و هذا نص.

وقد عامل النبي ﷺ اليهود: «و مات و درعه مرهونة عند يهودي في شعير أخذه لعياله».

والحاسم لذلك الشك و الخلاف اتفاق الأمة على جواز التجارة مع أهل الحرب، و قد سافر النبي ﷺ تاجرا، و ذلك من سفره أمر قاطع على جواز السفر إليهم و التجارة معهم، فإن قيل كان ذلك قبل النبوة.

قلنا: إنه لم يتدين قبل النبوة بحرام، ثبت ذلك تواترا، و لا اعتذر عنه إذ بعث، و لا منع منه و لا فعله أحد من الصحابة في حياته و لا أحد من المسلمين بعد وفاته، فقد كانوا يسافرون في فك الأسرى و ذلك واجب و في الصلح كما أرسل عثمان و غيره، و قد يجب، و قد يكون ندبا، فأما السفر إليهم لمجرد التجارة فمباح انتهى.

فصل

أي فصل النكاح، و ما يتعلق به من الطلاق و غيره.

هل النكاح قوت أو تفكه
اعضاف والد عليه ينقه
تأمل الأم.....

ش أي هل النكاح من باب الأقوات أو من باب التفكحات؟ و عليه وجوب تزويج الوالد على ولده إن احتاج و المملوك على المالك و عليه أيضا دخول الزوجة في قوله كلما أعيش فيه حرام.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: اختلف المالكية في كون الزوجة من باب الأقوات أو من باب التفكحات، أي أهي من الأمور الحاجية، أو من التكملات و خرج عليه الصائغ وجوب تزويج الوالد على الولد إن احتاج.

وقيل: الصحيح أنه خلاف في حال وانظر الأم، لأن فرق ما بينها وبين الأب العار الذي يلحق الابن بها دونه، ولذلك تردد الكتاب فيمن تزوجت أمه هل يعزى أو يهنأ؟ وقد رأى الخذاق أن التعزية جفاء، و التهنئة استهزاء، فكتبوا أما بعد: فإن أحكام الله عز وجل تجرى على غير المخلوقين، والله يختار لعبده فخار الله لك فيما أراد من ذلك والسلام انتهى قلت: وإلى قول المقرئ: ونظر الأم، أشار المؤلف بقوله: «تأمل الأم...» أي تأمل تزويج الأم، هل يجب على الولد أو لا؟ وأشار بقوله: أي أهي من باب الحاجة أو من باب التكميلات إلى أنهم ما أرادوا بكون النكاح قوتا حقيقة اللفظ، حتى يكون من الضروريات كالطعام والشراب وإنما أرادوا أنه يقرب من القوت فيكون من الحاجيات.

المقرئ في فصل القضا قاعدة: يتقرر في الأصول: إن المصالح الشرعية ثلاثة: ضرورية، كنفقة المرء على نفسه و سائر أسباب حفظ الكليات الخمسة و حاجية كنفقته على زوجته.

وتتميمية كنفقته على والديه وولده و الأولى مقدمة على الثانية، و الثانية على الثالثة عند التعارض، و كذلك درء المفسدة يتنزل على المقدمات الثلاثة.

فالعدالة هي في الشاهد ضرورية، فان لم يكن في البلد عدول، فقال ابن أبي زيد: تقبل شهادة أمثلهم، و كذلك القضاء وغيرهم، من الحكام على الأصح، و في الوصي حاجية على الخلاف في اشتراطها، و في الولي تتميمية لنيابة وازع القرابة عنها، و من ثم لم تشترط في الإقرار إجماعا لكونه على خلاف الوازع الطبيعي انتهى.

وفيه من الفائدة والتحقيق ما لا غنى لطالب العلم عنه، وكذلك هو كلام هذا الرجل كله، ولذلك التزمته على كل أصل إن وجدته وينقه معناه يفهم أنه مبني على هذا الأصل.

من وهل تبعض دعوى وبته بعثت يفرض
مع طلاق وكتنيا حكمين فرتب المفروض وأقسم دون من

شيء اشتمل كلامه على أصليين: الأول: الدعوى هل تبعض أم لا؟.

الثاني: البتة هل تبعض أم لا؟ وعلى الأول: من قال: أعتقتك على مال، وقال العبد: بغير شيء.

فقال في الكتاب: القول قول العبد.

وقال أشهب: قول السيد، كما لو قال: أنت حر وعليك كذا بخلاف الزوجة.

ومن أقر بالطلاق، وادعى أنه على شيء، وأنكرته، فقبل: يلزم الطلاق، بعد أن تخلف على ما قاله، وقيل: القول قوله يحلف ويستحق.

ومن قال: طلقت وأنا مجنون، أو صغير، فقال ابن القاسم: لا يلزم إذا علم أنه مجنون، وألزمه اللخمي وسحنون وأصله تبعض الدعوى.

وهذان الفرعان يشملهما قول الناظم: «طلاق» ومن وجدا في بيت، فقالا: نحن زوجان وهما غير طارئين وفي المنهج الفائق عن بعض الشيوخ أن في هذا

الأصل مسائل، وله نظائر منها دعوى زيادة في كتاب الغرر، ومنها مسألة دعوى السلف و الوديعة عند تلفها.

و كذلك القراض، و الوديعة، و كذلك الإقرار بوطء جارية يدعى أنها له، وينكر صاحبها.

ومنها: مسألة هذه الجبة لك و بطانتها لي، أو هذا الخاتم لك، و فسه لي.

ومنها: مسألة طلقتك، و أنا صبي أو مجنون أو غير ذلك من النظائر.

وعلى الثاني: صحة الاستثناء، و هو المراد بالثنيا، و ذلك إذا قال لزوجه أنت طالق ألبته إلا واحدة، فعلى التبعض تلزمه اثنتان وعلى عدمه الثلاث. واختلاف الحكمين، إذا قضى أحدهما بواحدة، و الآخر بالبتة هل تلزمه واحدة أم لا؟ وعليه أيضا: إذا شهد واحد بواحدة، و الآخر بالبتة هل تلزمه واحدة و يحلف على البتات، أو يحلف على تكذيب كل منهما، ولا يلزمه شيء؟ قولان على الأصل و القاعدة.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: اختلفوا في تبعض الدعوى، كمن أقر بالطلاق، و ادعى أنه على شيء، و أنكرته فقييل: يلزمه الطلاق بعد أن تحلف على ما قاله، و قيل: القول قوله فيحلف و يستحق.

فالأول: رآه مقرا كمدع والثاني رآه مقرا على صفة فلا يوخذ إلا بها و هما أصلان أيضا.

قوله: «فرتب المفرضون، و أقسم دون مين» أي أقسم الفروع الأربعة على

الأصلين على سبيل الترتيب، أي اجعل الأولين و هما العتق، و الطلاق للأصل الأول و الأخيرين و هما الثنيا، و الحكمين للثاني.

ص الطول مال أو وجود حره و فرعه لينكحن ضره

ش أي الطول هو المال أو وجود الحررة في العصمة؟ وعليه لو حلف لينكحن ضرة على زوجته فتزوج أمة، في بره قولان مبنيان على كون الحررة طولا أو لا؟ فيبر على الثاني دون الأول، بناء على أنه لا يبر بالفاسد فلو تزوج غير كفاء فعلى تعارض اللفظ و القصد، فإن لم يدخل، فعلى الأقل و الأكثر، وعلى أن النكاح هل هو حقيقة في العقد أم لا؟ قوله: «و فرعه» أي فرع هذا الأصل.

ص وهل على أقل أم ضد حمل إن عدم المقصد لفظ محتمل

كالتنذر و الحرام

ش أي اللفظ المحتمل إذا لم يقترن بالقصد، هل على الأقل أو على الأكثر؟ فيه خلاف.

و عليه من نذر صوم شهر ولم يعين شهرا من تسعة و عشرين، ولا من ثلاثين، و في المدونة: إن صام شهرا بالهلال أجزاء ناقصا، و أما بغيره فيكمل.

و كالحرام ولم ينو الثلاث، و لا ألبته هل يحمل على بائنة أو على الثلاث و من احتمل لفظه التملك، أو التوكيل، و فائدته أن له العزل في التوكيل، و ليس له ذلك في التملك، لأن لها فيه حقا.

و كمن حلف ليتزوجن هل يبر بالعقد أو لا يبرأ إلا بالدخول؟ و هو المشهور

و قد سبق قريبا .

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: اختلف المالكية فيما يلزم باللفظ المحتمل إذا لم يقترن بالمقصد فقليل: الأكثر حتى يترجح غيره، لأن الذمة لا تبرأ يقينا إلا به وقيل: الأقل لأن الأصل انتفاء الزائد حتى يثبت، وهي كقاعدة الأخذ بأوائل الأسماء أو بأواخرها.

قال ابن بشير في باب نذر الصيام: هذا هو القانون في هذا الباب، وإليه ترجع أكثر مسائله.

وقال أيضا: قاعدة: اختلف المالكية في المحتمل هل يحمل على الأقل، أو على الأكثر.

كما إذا احتمل لفظ التملك، والتوكيل، وفائدته أن له العزل في التوكيل، وليس له ذلك في التملك، لأن لها فيه حقا، كما لو كان للوكيل، وكالحرام هل يحمل على بائنة أو على الثلاث، وقال عبد العزيز: رجعية لأنها تفيد التحريم انتهى.

وتقدير كلام المؤلف، و هل حمل لفظ محتمل إن عدم المقصد، و هو القصد، على أقل أم ضد الأقل، و هو الأكثر، فيه خلاف.

ص هل تقررا	بالعقد للعرس الذي قد أمهرا
أم نصفه أم لأعليه ما استحق		حد نكاح غلة كان سرق
وشبهها تنبيه اعلم أنه		يلزم عرسا في الذي تضمنه

زكاته كفضرة ويعلمها	يبنى بها من غير أن يبذلها
كالفسخ قبل ولها التصرف	بكتبرع بقيد يعرف
ضمانه غلاته قد فصلا	في أمهات ببيان مجتملا

ش أي المهر هل يتقرر جميعه بالعقد أو لا ؟ ثالثها يتقرر النصف ثم يتكمل بالدخول أو الموت .

و عليه إذا استحق نصف ماشية بعينها بالطلاق في كونه كالخليط أو كالفائدة والخلاف في نكاحه أمة الصداق، وحده إذا وطئها قبل الدخول، و قطعه إذا سرق شورته قبله .

و الخلاف في غلته و الخلاف في ضمانه إذا قامت البينة بعد الطلاق على تلفه هل عليها غرم النصف أم لا ؟ .

و في رجوع شهود الطلاق قبل البناء هل يغرمون النصف أم لا ؟ .

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: اختلف المالكية في تقرر المهر بالعقد ثالثها يتقرر النصف ثم يتكمل بالدخول أو الموت .

وعليه الخلاف في غلته، و إذا قامت البينة بعد الطلاق على تلفه، فهل عليها غرم النصف أو لا؟ والمشهور لا يتقرر شيء، والمقصود الجميع ثم يتشطر بالطلاق انتهى .

قال في إيضاح المسالك: تنبيه: لا خلاف أن على المرأة قبل البناء زكاة

الفطر على رقيق الصداق، وزكاة الشجر، والمعين من الماشية وإن لم تقبضه
و زكاة العين إن قبضته لأن ضمان هذه الأشياء إن هلكت قبل البناء منها،
و له الدخول بها من غير شيء، كان الصداق بيدها أو بيده، ولها البيع والهبة
والصداقة، و الإعتاق ما لم يزد على ثلث مالها، و المنصوص أن لاشيء لها
بالفسخ قبل البناء، بملك أحدهما صاحبه، أو رده.

ولا خلاف أن الضمان منهما بعد الطلاق، فيما لا يغاب عليه إن كان بيد
الزوج و في كون ضمانه منها أو منهما إن كان بيدها قولان.

وفي ضمان ما يغاب عليه إن قامت البينة قولان لأشهب، و ابن القاسم، بناء
على أن الضمان للتهمة، أو للأصالة.

واختلف ابن القاسم، و عبد الملك في الرجوع عليها بالغلة، بعد الطلاق
خاصة فإن ابن القاسم يوجب بناء على أنه بالطلاق تبين بقاء ملكه على نصفه.

و عبد الملك لا يوجب بناء على أنه رجع بعد أن ملكته انتهى.

قوله: «للعرس» أي الزوجة، قوله: «أم لا؟» أي أم لم يتقرر لها شيء من
الصداق بالعقد قوله: «الذي قد أمهرا» أي المال الذي أمهر للزوجة أي جعل
مهرها و هو كل الصداق، و نصفه معطوف على الذي.

قوله: «عليه» أي على هذا الأصل أو الخلاف.

قوله: «استحق» مبني للفاعل أو المفعول، أي ما استحقه الزوج أو ما استحق
للزوج من نصف ماشية بعينها بالطلاق هل يزكيه معها على حكم الخليط أو

هو فائدة يستقبل بها.

قوله: «حد» أي حد الزوج إن وطئ أمة الصداق قبل البناء قوله: «نكاح» أي نكاح الزوج لأمة الصداق، قبله.

قوله: «غلة» أي غلة الصداق هل هي لها كلها، أو هي مشتركة، أو هي للزوج كلها بمعنى هل يرجع عليها بالغلة، كلها بعد الطلاق، أو نصفها، أو لا يرجع بشيء.

قوله: «كان سرق» أي الزوج إذا سرق شيئاً من الصداق قبل البناء هل عليه القطع أم لا؟ قوله: «تنبه اعلم أنه يلزم عرساً في الذي تضمنه زكاته كفطرة» بالزكاة زكاة المال، بدليل ما بعده، وهذا قوله؟، في إيضاح المسالك لا خلاف أن على المرأة زكاة الفطر على رقيق الصداق، وزكاة الشجر والمعين من الماشية، وإن لم تقبضه وزكاة العين إن قبضته لأن ضمان هذه الأشياء إن هلك قبل البناء منها قوله: «وبعلها يبني بها من غير أن يبذلها» أي إذا هلك الصداق الضمان منها فله الدخول بها من غير أن يعطيها شيئاً.

و يبذلها، بالذال المعجمة بمعنى يعطيها، وحذف مفعوله الثاني، أي شيئاً آخر، وهذا كقوله، وله الدخول بها من غير شيء كان الصداق بيدها أو بيده، قوله: «كالفسخ قبل» أي كما لا يبذلها شيئاً في الفسخ قبل البناء و كل نكاح فسخ قبل الدخول فلا شيء فيه إلا نكاح الدرهمين على أصح القولين.

وتعميم المؤلف أحسن من تخصيص ذلك بالفسخ للملك، والردة إلا أن

يكون للإشارة إلى ما قابل المنصوص.

قوله: «و لها التصرف بكتبرع بقيد يعرف» أي بتبرع و شبهه، فالتبرع كالهبة والصدقة والعق، والسلف، و شبهه أي في التصرف كالبيع والإجارة.

والقيد المعروف هو عدم الزيادة على الثلث، و هذا كقوله: و لها البيع، و الهبة و الصدقة و إلا عتاق ما لم يزد على ثلث مالها، لكن إنما يتقيد بذلك التبرع لا المعارضة، و ذلك معلوم عند من له أدنى مشاركة في الفقه.

قوله: «ضمانه غلاته» -البيت -يعني أن حكم ضمان الصداق مفصل في الأمهات و كذا حكم غلته و هذا إشارة إلى قوله: و لا خلاف أن الضمان منهما بعد الطلاق، إلى آخره و التفصيل بمعنى التبيين، أو التقسيم.

ص هل يملك العبد.....

ش أي اختلف هل يملك العبد أو لا؟ وعليه هل يزكي السيد مال عبده أم لا؟ و من قال بماليكي إحرار هل يعتق عليه عبيد عبده و هل يعتبر الربا بين السيد و عبده؟ قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: اختلف المالكية في العبد هل هو مالك أو لا؟ قال ابن بشير: و المذهب أنه مالك، و لكنه ليس بملك حقيقي، لأن للسيد أن ينزع ما في يده، و عندنا قولان، فيمن ملك أن يملك هل يعد مالكا حقيقية أم لا؟ قلت: فعلى هذا يكون في كون العبد مالكا حقيقة قولان، لأن للسيد إذا لم يكن مالكا حقيقة، فالعبد مالك حقيقة، و هكذا يحكي غير واحد، يعني أن المذهب اختلف في كون العبد مالكا،

و الحق أن المذهب أنه مالك حقيقة، إلا أنه ناقص بتسليط الغير عليه، و ذلك لا ينافي الحقيقة كالمديان.

ص و هل يقدر كائنين واحد.....

ش أي هل يقدر واحد كائنين؟ بمعنى أنه تعتبر جهتا الواحد فيقدر اثنين أم لا؟ وعليه هل يلزم ابن عم إن كانت الصبية تحت ولايته أن يستنيب ولي النكاح ووصى على يتيم باع عليه شقصه هل له أن يشفع ليتيمه الآخر؟ و من أخذت منه الزكاة هل تعطى له؟ قال في إيضاح المسالك: المخاطب هل يدخل تحت عموم الخطاب أو لا؟ عليه عزل الوكيل عن نفسه، و من في ولايته، أو يتهم عليه، و الوصي يشتري من مال يتيمه وهي قاعدة اليد الواحدة هل تكون قابضة دافعة أم لا؟ و قاعدة اعتبار جهتي الواحد فيقدر اثنين، فلذلك تولى طرفي العقد في النكاح و البيع، و يرث مع البنت بالفرض، و التعصيب، و يشفع من نفسه وعلى هذا فيؤخذ من الشخص الواحد باعتبار غناه، و يرد عليه باعتبار فقره أو يترك له، و يقدر الأخذ، و الترك كالمقاصة على الخلاف في العمل في هذه القاعدة.

وقال أيضا أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: أصل مالك اعتبار جهتي الواحد فيقدر اثنين، فلذلك يتولى طرفي العقد في النكاح، و البيع، و يرث الأب مع البنت بالفرض و التعصيب، و يشفع نفسه كما مر وعلى هذا القياس يؤخذ من الشخص الواحد باعتبار غناه، و يرد عليه باعتبار فقره، أو يترك له، و يقدر الأخذ و الرد كالمقاصة، على الخلاف في العمل في هذه القاعدة، و أصل

الشافعي خلاف أصل مالك في ذلك.

وقال أيضا: قاعدة: عند مالك، و النعمان أن تولي طرفي العقد جائز مطلقا و عند محمد مخصوص بالأب، و الجدل لكمال الشفقة و عليهما كون الزوج وليا بخلاف تزويج حفيده من حفيدته، و هي قاعدة اختلاف الجهة هل يوجب تعدد المتحد أو لا ؟ قاعدة: المأذون له في العقد لا يملك عقدا لنفسه كالوكيل من نفسه بضمن المثل، و الوصي لا يشتري من مال يتيمه كذلك، قالت المالكية: الوكيل معزول عن نفسه و هذه عمدة الشافعي في منع تولي الطرفين.

قال الحنفية: ولاية شرعية فيتملك بها تولي الطرفين.

قال محمد: فلم جعلتم ذلك للوكيل على النكاح؟ وقال أيضا: قاعدة: لا يمتنع في الشخص الواحد اعتبار جهتي استحقاق، كالزوج يكون ابن عم فيرث المال، أو جهتي قيام كالزوج يكون وليا فينكحها من نفسه على ما مر، و هو المعبر عنه بتولي طرفي العقد، فإن سقط اعتبار أحدهما فالأصل ثبوت اعتبار الأخرى إذا لم يكن ملزوما للساقط، وعلى ذلك اختلفت المالكية في الأم الوصي تتزوج هل يسقط حقها في الحضانة أو لا ؟ لأن حق الوصية لا تسقطه الزوجية، بخلاف الأمومة هذا معنى كلام ابن بشير و فيه نظر.

و قال أيضا قاعدة: إذا تبدلت النية و اليد على حالها فهل يتبدل الحكم أو لا ؟ قولان للمالكية.

وعليهما القولان في صرف الوديعة، فإن قلنا بالتبديل جاز، لأنه قبض الآن لنفسه، وإن قلنا بنفيه امتنع الآن للتأخر حتى يقبض لنفسه، فإن كانت حاضرة جازت على القولين.

أو نقول: إن قلنا بالأول قدرنا كأنه تسلفنا الآن ثم صارف، وهذه طريقة الباجي إلا أن هذا يوجب المنع في المصوغ إلا أن يحضر، وإن قلنا بالثاني امتنع.

وقال أيضا: قاعدة: اختلف المالكية في اليد الواحدة هل تكون دافعة قابضة أولا؟ قال ابن بشير: وهو الذي يعبر عنه أصحابنا باختلاف النية هل يؤثر مع اتحاد اليد أو لا؟ وعليه الخلاف في بيع المقبوض على التصديق على ذلك وعليه جواز اقتضاء طعام السلم على تصديق المسلم إليه بخلاف بيع النقد فإنه فيه جائز، والقرض فإنه ممنوع.

ص وهل يعتبر

إفساد ما صح بنية قضي طالق أن يطأ فلم يعلم قضي

وحفصة مع عمرة كناصح مع مريزق وشبهه واضح

شي أي هل يفسد الصحيح بالنية أم لا؟ وعليه مسألة لو مرت برجل امرأة في ظلام ليل فوضع يده عليها ظانا أنها زوجته فقال: أنت طالق إن وطئتك الليلة فوطئها، فإذا هي غير امرأته ففي لزوم الطلاق قولان.

و مسألة ناصح، ومرزوق و حفصة، و عمرة وشبه ذلك، كما لو اشترى عنبا على أن يعصره خمرا، أو أكرى دارا ممن يبيع فيها الخمر فصرفه إلى غير

الخمر من زبيب أو خل، أو لم يبع حتى انقضت المدة.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: اختلف المالكية في فساد الصحيح بالنية كمن تزوج من يظنها معتدة فإذا هي برية، أو بخمر فإذا هو خل، نظرا إلى ما دخلا عليه أو أنكشف الأمر به، وهي قاعدة النظر إلى المقصود أو إلى الموجود، وفيها قولان.

كمن دخل خلف من يظنه يصلي الظهر فإذا هو يصلي العصر، أم صام يوم الشك فإذا هو من رمضان، ونحو ذلك.

قوله: «فلم يعلم» أي حين الوطاء أنها ليست زوجته، وإنما ظن، أو اعتقد أنها زوجته ثم بعد ذلك علم.

قوله: «قفى» أي تبع هذا الأصل في طالق، أي قوله أنت طالق وما بعده.

هي	وهل يراعي مترقب وقع	يومئذ أو قهقرا إذن رجوع
	لسبب الحكم كمتعق ومن	ربح أو أمضى كبيع أعلمن
	وهي التي تدعى بالانعطاف	عكس التي تدعى بالانكشاف
	كطالق يوم قدوم من قصد	ورد منضق كمال من فقد
	وآخر الزوجات طالق.....

ش أي المترقات إذا وقعت هل يقدر حصولها يوم وجودها، وكأنها فيها قبل كالعدم، أو يقدر أنها لم تزل حاصلة من حين أسبابها التي أثمرت أحكامها، وأسند الحكم إليها؟ وهي قاعدة، التقدير والانعطاف.

وعليها من أعتق عبده في سفر ثم قدم فأنكره، و قدم من شهد عليه، فحكم عليه هل يقدر الحكم يوم أعتق أو الآن وقع وتقدير الربح مع أصله في أول الحول، أو يوم الشراء في باب الزكاة.

وبيع الخيار إذا أمضى كأنه لم يزل الإمضاء من حين العقد في أحد القولين والرد بالعيب كأن العقد لم يزل منقوضا وإجازة الورثة الوصية كأنها لم تزل جائزة على الخلاف في هاتين وصيام التطوع بنية قبل الزوال من اليوم المصوم فإنه ينعقد الصوم بها عند الشافعي و أبي حنيفة و تنعطف النية على ما قبل وقتها من اليوم.

وعليها لو خاصم مستحق الأرض في الإبان و حكم له بعد ذهابه في كون الكراء للأول أو المستحق.

قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: اختلفوا في المترقيات إذا وقعت متى تعد حاصلة أيوم الفراغ أو يوم ابتداء الترقب؟ وعليه إذا كان في عقد النكاح خيار فوق الوطاء قبل الاختيار، ثم اختار من له الاختيار إمضاءه، فهل يكون ذلك الوطاء إحصانا أو لا؟ وقال أيضا: قاعدة: اختلفوا في المترقيات هل تعد حاصلة أو لا؟ فإذا اشترى الوكيل من يعتق على موكله عالما، فهل يعتق على المأمور، أو يكون الوكيل كالعامل، فثالثها فيه إن كان في المال ربح أعتق، وإلا فلا؟ فمن رآها حاصلة رآه كالشريك فهو كالقاصد إلى أن يعتق عليه، ومن لم يعدها نفى العتق، لأنه لا شرك له، ومن التفت إلى الوجود عول على وجود الربح، و نفيه، لكن الوكيل لا شرك له و لا شبهة في التصرف، فمن نظر إلى

هذه جعل الوكيل كالعامل، ومن نظر إلى الأولى لم يجعله، فإن لم يعلم أعتق على الأمر، لأن الوكيل إذا أتلف خطأ لا يغرم و هي قاعدة مختلف فيها بينهم أيضا أن من أذن له إذنا خاصا فأخطأ فيه هل يضمن أو لا؟ وقال أيضا: قاعدة: انعطاف النية على الزمان محال عقلا، معدوم شرعا، خلافا للنعمان، فمن ثم جوز رمضان بنية النهار وزعم أن الخالي عن النية في أول نهار الفرض يقع موقوفا على وجود النية قبل الزوال.

قال ابن العربي: و ما أحسن ارتباط الشريعة بالحقيقة، فإنها أصلها ومدعي خلافها مطالب بالبرهان و هي قاعدة أخرى انتهى.

قال في إيضاح المسالك: تنبيه: قال المازري: في مسألة الاستحقاق قد يقال إن مدافعة المستحق إذا كانت بتأويل وجه شبهة فإنه يحسن القضاء بإسقاط حقه في الكراء وإن كانت المخاصمة له بباطل واضح فإن الكراء يكون له، وقد حضرت مجلس الشيخ أبي الحسن اللخمي رحمه الله و قد استفتاه القاضي في امرأة دعت زوجها للدخول فأنكر النكاح، فأثبتته عليه، فأفتاه بأنه يعتبر مدافعة لها في النكاح هل كان من الزوج بتأويل و شبهة، فلا يطالب بالنفقة أيام الخصام، أو دافعها بباطل واضح، فيكون كالغاضب لها حقها فيقضى لها بذلك وهذا نحو مما أشرنا إليه نحن في هذه المسألة.

قوله: «تدعى بالانكشاف» - إلى آخره - أي عكس قاعدة التقدير، والانعطاف قاعدة الظهور، والانكشاف.

وعليها لو قال لزوجته أنت طالق يوم يقدم فلان، فقدم نصف النهار، فإذا

قدم تبين أن الطلاق حينئذ كان قد وقع في أول اليوم وانكشف ما كان مستورا وعلم ما كان مجهولا، فتجري أحكام الطلاق من أول اليوم على حقائقها.

واسترجاع النفقة المدفوعة إلى المرأة بناء على ثبوت الحمل إذا ظهر بعد ذلك انه كان ريحا على المشهور، ووجوب رد قسمة مال المفقود، في أرض الإسلام في الأجل أو قبله بعد ما أنفق أولاده على أنفسهم من ماله، قال مالك: فيها بوجوب رد النفقة وخولف.

ومن قال: آخر امرأة أتزوجها طالق فانه يكف عن كل امرأة يتزوجها حتى يتزوج أخرى لانكشاف صحة العصمة بأنها ليست بأخر امرأة، فإذا مات عن امرأة لم يتزوج بعدها غيرها صار الترك، والموت كاشفين آخر امرأة، فأسندنا الآن هذا الوصف إلى حال عقد نكاحها، وعليها أيضا من ضمن عن رجل دينا فأدى الغريم إلى غريمه عنه عرضا، وسقط ضمان الضامن، ثم استحق العرض من يد الغريم، ولم يوجد المضمون، أو وجد عديما، قال فضل: نزلت بقرطبة وأفتيت فيها بان لا رجوع للغريم على الضامن لان الدين إنما لحق بعد انحلال الضامن عن الضمان، كالعبد إذا باع سلعة ثم اعتقه سيده، واستحقت السلعة، ووقع الحكم، بخلاف ذلك فاغرم الضامن.

ومنها: أيضا إذا حضر ضامن الوجه مضمونه بعد الحكم بغرمه، وقبل أن يغرم.

ومنها: إذا ألى العبد فوقف شهرين، وأبى إن يفئ فطلق عليه، ثم اثبت انه حر، قال فيها أبو عمران: إن الذي يظهر لي أن الطلاق ينتقض، لأنه ممن أجله

أربعة أشهر.

ومنها: لو غرم الصانع قيمة المصنوع لدعواه الضياع، ثم يوجد، صرح ابن هشام عن الكافي، وغيره عن ابن وضاح انه حكم مضي.

ومنها: العبد يهلك فلا يدري أفي العهدة أو بعدها، فترادا الثمن، ثم يأتي العبد، قال ابن رشد: إن حكم عليه بذلك حاكم، ويجب أن يرد العبد للمبتاع لانكشاف خطأ الحاكم وهو مما لا خلاف فيه.

ومنها: إذا تعدى المكتري، والمستعير المسافة، بالدابة فضلت، ثم وجدت بعد أخذ القيمة.

قوله: «يومئذ» يتعلق بiraعي أي هل يعتبر في الأحكام، يوم وقوعه لا قبل الوقوع لكونه كان معدوما حسا قبل الوقوع، فكذلك يكون حكما أو يرجع وقوعه القهقرا إلى حين وقوع سبب الحكم فيقدر ابتداء وقوعه من حينئذ، مراعاة للسبب، وهو معنى قوله: «أم قهقرا» إذا رجع لسبب الحكم قوله: «كمعتق» هو بكسر التاء يناسب ما بعده، ويصح الفتح وبه ضبط المؤلف.

قوله: «كطالق يوم قدوم من قصد» بتعليق الطلاق على قدومه كزيد مثلا، وذلك أن الزوج إذا قال لامرأته: أنت طالق يوم قدوم زيد فقدم زيد آخر النهار، هل كانت مطلقة أول النهار، وعليه هل تنتقل للاستبراء.

قوله: «ورد منفق» إذا ظهر بها حمل فأعطيت نفقة الحمل، ثم انفس هل تردها؟ وقد تقدمت.

قوله: «كمال من فقد» أي المفقود إذا فوته الشرع فقسم ماله، ثم جاءه بعد ذلك هل يلزم الوارث الغرم وهو قول مالك أو لا؟.

صوهل	كمن أقر ساكت، وقد نقل
	سليل رش نفي كونه رضى	واختلفوا هل هو اذن وارتضى
	نعم ببكر لا بغير للأثر	فمن فروع الأصل ما قد انكسر
	من يد قلب كالمكيال	كالغرس والبناء وشبه تال
	وقد حكى الشيخ عن الأصحاب	الصمت كالإقرار في الإياب
	والحوز واليمين، واللعان	والعتق، والنكاح والضمان
	دعوى كدين تجر عبد وكرا	ونجل عبد للسلام قررا
	أن الذي دل عليه المذهب	إن الذي دل على ما يكسب
	بالنفس دون النطق كالنطق	وما فيه تردد به قد علما

شي أي هل الساكت على الشيء مقر به أم لا؟ و هل هو إذن فيه أم لا؟
اختلفوا فيه ومن فروع سقوط الفخار من يد مقلبه إذا أخذه بغير إذن ربه
وتركه و هو ينظر إليه ويراه هل يضمن أو لا؟ أو يضمن إن عنف وأخذها من
غير مأخذها.

ومنها: سقوط المكيال بعد امتلائه من يد المبتاع، وقد كان بغير إذن البائع
وقلنا الكيل عليه، و هو حاضر ساكت.

ومنها: إذا غرس في الأرض شخص، أو بنى فيها، أو غرس على مائه، وهو

ساكت ثم أراد المنع، فإن قلنا سكوته كالإذن جرى الأمر في ذلك على العارية المهمة في الجدار والعرصة، وإن قلنا ليس بإذن فله ذلك بعد أن يحلف وفروعه في هذا الباب كثيرة، قال الشيخ ابن أبي زيد: وقد جعل أصحابنا السكوت كالإقرار في الأمور: ومنها: أن يقول: قد راجعت فتسكت، ثم تدعى من الغد أن عدتها كانت قد انقضت فلا قول لها.

ومنها: من حاز شيئاً يعرف لغيره فباعه، وهو يدعيه لنفسه، والآخر عالم ساكت لا ينكر بيعه، فذلك يقطع دعواه.

ومنها: أن يأتي ببينة إلى رجل فيقول اشهدوا لي أن عنده كذا، وكذا وهو ساكت فذلك يلزمه.

ومنها: مسألة الأيمان، والندور، فمن حلف لزوجته أن لا يأذن لها إلا في عيادة مريض، فخرجت بغير إذنه لم يحنث، قالوا: إلا أن يسكت بعد ما رآها فإنه يحنث.

ومنها: مسألة كتاب اللعان في الذي يرى حمل زوجته فلم ينكره، ثم ينفيه بعد ذلك، حد، ولا يلاعن.

ومنها: مسألة كراء دور الأرضين، في الذي زرع أرض رجل بغير إذنه وهو عالم ولم ينكر ذلك عليه.

ومنها: إذا علم الأب، والوصى، والسيد بنكاح من إلى نظرهم وسكتوا. ومنها: إذا سكت الغرماء عن عتق الغريم، وطال ذلك، أو سكتوا حتى قسم

الورثة تركة الغريم، ولا مانع.

ومنها مسألة الابن: وهذه الفروع هي التي ذكر في إيضاح المسالك وزاد المؤلف فرع الضمان، ويعني به ما إذا أصر الطالب الغريم، وعلم الضامن فسكت حتى حل الأجل، ولم ينكر فالحمالة لازمة، قاله في المدونة.

قال ابن رشد: ويدخل الخلاف في السكوت هل هو الإقرار بخلاف ما إذا أنكر ولم يعلم حتى حل الأجل، فإن الطالب يحلف أنه ما أصر الغريم إلا على أن يبقى الكفيل فان نكل لزمه، والكفالة ثابتة على كل حال، و أما في عدم العلم، فيحلف أيضا، فإن نكل سقطت.

قال ابن رشد: وهذا كله في التأخير الكثير وأما في التأخير اليسير فلا حجة فيه للكفيل.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: اختلف قول ابن القاسم في السكوت على الشيء هل هو إقرار به، وإذن فيه أو لا؟ قال ابن رشد: والنفي أظهر، لقوله عليه السلام - في البكر - «إذنها صممتها» لأن مقتضاه أن غير البكر بخلافها وقد أجمعوا عليه في النكاح، فيقاس عليه غيره، إلا أن يعلم في مستقر العادة أن أحدا لا يسكت إلا راضيا فلا يختلف فيه.

وعلى هذا ما في كتاب الاستحقاق من البيان فيمن بيع متاعه بحضرته، إن أنكره قبل انقضاء المجلس حلف ولم يلزمه البيع، فإن انقضى لزمه، وكان له الثمن، وإن لم ينكره حتى طال العام فما زاد، فادعى البائع ان ملكه خلص له بوجه، يذكره حلف، ولم يلزمه وإن قام بعد العام ونحوه لزم البيع، وإن قام بعد

مدة تكون فيها الحيازة عاملة، فادعى البائع أنه له خلص له بوجه يذكره حلف، وكان له الثمن.

وقال أيضا: قاعدة: قال محمد: كل تصرف يفتقر إلى إذن، فإنه يفتقر إلى صريحه فإن رأى عبده يتجر لم يكن سكوته إذنا وكذلك المرتهن إذا رأى الراهن يتصرف وعلى هذا أمر النكاح، و البيع، وحق الرد بالعيب، والشفعة لا تبطل بالسكوت إنما تبطل بتأخر الطلب، وكذلك سكوت المعتقة عن الفسخ وأما سكوته عن ردع الدابة فإنما جعل التزاما للضمان، لأن عليه الردع، وهو بيده، ويؤيده أن المأذون له لو ترك التجارة وسكت السيد لم يكن حجرا مع أن الحجر أصل، وسببه أن السكوت تردد، لا دلالة له، وسكوت البكر بالنص لا بالقياس.

وقال النعمان: السكوت إذن واختلف قول ابن القاسم في السكوت على الشيء هل هو إقرار به أو لا؟ وهل هو إذن فيه أو لا؟.

قال ابن رشد: وهذا أظهر القولين لأن قوله عليه السلام في البكر «إذنها صممتها» يدل على أن غير البكر بخلافها، وقد أجمعوا عليه في النكاح فيقاس عليه غيره، إلا أن يعلم بمستقر العادة في أمر أن أحدا لا يسكت عليه إلا راضيا به، فلا يختلف فيه.

قال ابن أبي زيد: وقد جعل بعض أصحابنا السكوت كالإقرار في أمور منها: أن يقول: قد راجعتك فتسكت، ثم تدعى من الغد أن عدتها كانت انقضت فلا قول لها.

ومنها: من حاز شيئا يعرف لغيره فباعه، وهو يدعيه لنفسه، و الآخر عالم

ساكت لا ينكر بيعه فذلك يقطع دعواه.

ومنها: أن يأتي ببينة إلى رجل فيقول اشهدوا إن لي عنده كذا وكذا، و هو ساكت فلذلك يلزمه انتهى.

قال في إيضاح المسالك: تنبيه: قال ابن رشد في كتاب «الدعوى» و الصلح من البيان: لا خلاف في أن السكوت ليس برضى لأن الإنسان قد يسكت مع كونه غير راض وإنما اختلف في السكوت هل هو إذن أم لا؟ ورجح كونه ليس بإذن لقوله عليه السلام: «إذنها صممتها» فدل ذلك على أن ذلك خاص بها.

ابن عبد السلام: و الذي تدل عليه مسائل المذهب أن كل ما يدل على ما في نفس الإنسان من غير النطق، فإنه يقوم مقام النطق، نعم يقع الخلاف في المذهب في فروع هل حصل فيها دلالة أم لا؟.

قوله: «وقد نقل سليل رشد نفى كونه رضى» - إلى قوله - «للاثر» هو إشارة إلى ما في إيضاح المسالك عن ابن رشد.

قوله: «كالمكيال» أي إذا تبايعا مكيلا أو موزونا والكيل يلزم البائع على المشهور كما علم، فأخذ المشتري يكيل فسكت البائع، فإهراق مكيل أو موزونا، هل ضمانه من البائع، أو من المشتري؟ قوله: «كالغرس» أي غرس أرض رجل و هو ناظر فهل سكوته إذن أم لا؟ قوله: «وقد حكى الشيخ عن الأصحاب» - البيت - المراد بالشيخ أبو محمد بن أبي زيد.

والإياب، الرجوع وأراد رجوع المطلق زوجته، أي ارتجاعه لها، بمعنى أنه

راجع الآن زوجته فسكتت، ثم إنها ادعت أنها عدتها كانت انقضت.

قوله: «واليمين» إشارة إلى مذهب المدونة، من حلف أن لا يأذن لامرأته إلا في عيادة مريض، ثم خرجت بغير إذنه وهو عالم ساكت، فإنه يحنث، وقيل لا.

قوله: «والعتق» إشارة إلى الغريم المعسر يعتق عبده، وأهل الديون حاضرون فبعد ذلك أرادوا رد العتق، فليس لهم ذلك، في معناه ما إذا سكتوا حتى اقتسم الورثة التركة ولا مانع.

قوله: «والنكاح» هي من عقد له وليه على نكاح امرأة، وسكت مدة، ثم قال: إني لا أرضى.

وكذلك المرأة، والأجنبية مسألة مختصر خليل.

قوله: «والضمان» من ضمن عن رجل ثم حل الأجل، وصبر صاحب الدين على غريمه لشهر مثلا، وسكت الضامن، فلما استهل الشهر، قال الضامن ليس على شيء قوله: «دعوى كدين» هي مسألة أن يأتي بينة إلى رجل، فيقول: اشهدوا أن لي عنده كذا وكذا، وهو ساكت، فذلك يلزمه، واستعمل المؤلف كاف كدين اسما، فلذلك أضاف دعوى إليه.

قوله: «تجر عبد» هي مسألة ما إذا اتجر العبد بمعرفة مولاه، وعلمه، ولا يغير ذلك ولا ينكره.

قوله: «وكراء» هي مسألة كراء الدور، والأرضين في الذي زرع أرض رجل

بغير إذنه وهو عالم ولم ينكر.

قوله: «كالنطق» خبر إن الثانية، وهي وما في حيزها خبر الأولى.

قوله: «وما فيه تردد به قد علما» أي وما تردد فيه من الفروع هل حصل فيه دلالة قد علم به، أي فيه بمعنى أنه معلوم في المذهب، أو علم بالتردد، وهو أظهر، وهذا إشارة إلى قول ابن السلام: نعم يقع الخلاف في المذهب إلى آخره.

ص هل رفع أو حل بثنيا.. ..

ش أي هل يحصل بالثنيا رفع للكفارة، أو حل لليمين؟ بمعنى أن الاستثناء هل هو رفع للكفارة أو حل لليمين من أصله اختلفوا فيه.

ابن القاسم: رفع، وعبد الملك: حل وعليه من حلف لا وطىء امرأته واستثنى، فقال ابن القاسم في المدونة: هو مول وله أن يظأ، ولا كفارة عليه.

وقال غيره: ليس بمول.

قال الشارمساحي في شرح التهذيب: قول ابن القاسم: هو بناء على أن الاستثناء رافع للكفارة، وقول الغير بناء على أنه حل لليمين، والآخر أحسن أما في قول ابن القاسم فلأن كونه موليا فرع عن انعقاد اليمين، والاستثناء رفع للكفارة، و أما في قول الغير فلأن كونه ليس بمول عن انحلال اليمين بالاستثناء قال بعض الشيوخ: وكان الشيوخ يعدون هذا الإجراء من محاسن الشارمساحي، وقال بعضهم: تظهر فائدته أيضا فيما إذا حلف، واستثنى، ثم

حلف أنه ما حلف، فعلى أنه حل لا يحنث، وعلى أنه رفع للكفارة يحنث، وقبل هذا البناء حذاق الشيوخ.

قال في إيضاح المسالك: تنبيه: قول ابن الفاكهاني لم يظهر لي الآن أين تظهر ثمرة الخلاف، وابن عبد السلام: لا يكاد يظهر لهذا الخلاف في اليمين بالله فائدة إلا بتكليف ليس بظاهر لظهور فائدته دون تكلف.

هي هل شمل..... مخاطبا خطابه أم منعزل
عليه كالوكيل والوصى والأمر بالتفريق والولى

هي أي المخاطب بفتح الطاء هل يدخل تحت عموم الخطاب أم لا؟ وعليه عزل الوكيل عن نفسه، ومن في ولايته، أو يتهم عليه.

و الوصي يشتري من مال يتيمه و المأمور بتفريق مال على جنس كالمساكين، أو طلبة العلم، وهو من ذلك الجنس، هل يأخذ منه أم لا؟ والولي تأذن له وليته أن ينحكها، و لم تعين فينحكها من نفسه، هل يقف على إجازتها أم لا؟ وهي قاعدة اليد الواحدة، هل تكون قابضة دافعة أم لا؟ وقاعدة: اعتبار جهتي الواحد فيقدر اثنين، وقد تقدمت.

قوله: «أم منعزل» أي أم هو منعزل عن نفسه غير داخل في خطابه؟

هي وهل يراعى طارئاً أصحابها قريبه عليه من ينحكها
عبد أب كمبدل.....

ش: أي الطواري هل ترعى أم لا؟ ثالثها تراعى القريبة فقط.

وعليه تزويج العبد ابنة سيده كرهه مالك خشية أن ترثه، فيؤول الأمر إلى فسخ النكاح بخلاف تزويج الابن أمة أبيه، لبقاء الوطاء له، ورد بأن النكاح يفسخ و الشركة تمنع.

قال ابن محرز: إنما تعليل الكراهة في الابنة، لأنه ليس من مكارم الأخلاق وقد يشق عليها، كما كره الفارحة للوغد وكره من جهة الدناءة، أن يزوج أم ولده وإبدال الناقص الردي، بالكامل الجيد لنفاقه في بعض البلاد، ورخائه في بعض الأزمان.

وعليه أيضاً، توقع عدم المناجزة في اجتماع البيع والصرف محاذرة الاستحقاق الناقص للصرف واقتضاء المحمولة من السمراء لارتفاعهما في وقت الزراعة.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: اختلفوا في مراعاة الطواري ثالثها القريبة فقط.

و من فروع القولان في تزويج العبد ابنة سيده، وكراهته خشية أن ترثه، فيؤول إلى فسخ بخلاف الابن أمة أبيه لبقاء الوطاء له، ورد بأن النكاح يفسخ

و الشركة تمنع .

قال ابن محرز: وإنما تعليل الكراهة في الابنة أنه ليس من مكارم الأخلاق، وقد يشق عليها، كما كره أن يزوج الفارهة للوغد، و كره من جهة الدناءة أن يزوج أم ولده وهاتان قاعدتان أخريان.

قاعدة: مراعاة مكارم الأخلاق التي بعث سيدنا محمد ﷺ لتتميمها مع تأكيد ذلك على أهل الفضل، فالمروءة طراز العدالة، ومن ثم نهى عن بيع الكلب والعسيب وإجرة الدم وردت الشهادة ببعض المباح كاللعب بالحمام و الأكل في السوق.

وقاعدة: توخى القيم الرفق بمن تحت أمره، وتجنب ما يشق عليه مما له مندوحة عن فعله، فمن ثم كره للولى ان يزوج وليته من الذميم، والشيخ الكبير و طلب منه تحصيل الكفاءة، و من المالك الرفق بالمملوك، إلى غير ذلك، و الأصل فيه قوله عليه السلام: « كلكم راع، وكلكم مسؤول عن رعيته » الحديث.

و قال أيضا: قاعدة: اختلفوا في كون توقع عدم المناجزة كتحققه أولا؟ كالبيع و الصرف محاذرة الاستحقاق الناقض للصرف لا للبيع، وهو على مراعاة الطوارئ البعيدة أيضا.

وقال أيضا: قاعدة: من أصول المالكية في المرافلة والمبادرة، والاقتضاء ونحوها أنه كلما دار الفضل في الحال من الطرفين امتنعت، وفي اعتبار المثال قولان كإقتضاء المحمولة من السمراء لارتفاعها في وقت الزراعة.

وإبدال الناقص الردى بالكامل الجيد لنفاقه في بعض البلاد، أو رخائه في بعض الأزمان.

قوله: «أصحها قريبه» أي أصح الأقوال يراعي قريب الطارى دون بعيده.

قوله: «عليه من ينكحها عبد أب» أي على هذا الأصل المرأة التي ينكحها عبد أبيها هل يصح هذا النكاح أو لا؟ وهذا مثال لمحل الطارى لا بقيد قربه.

قوله: «كمبدل» في بعض النسخ «كالاقتضاء» وقد مرت صورتها.

ص هل يعتبر خال من المعنى نعم قد اشتهر
في العبد والسيد في الربا ولا ذهب مستهلك قد قبلا

شي أي الصورة الخالية من المعنى هل تعتبر أم لا؟ و عليه الذهب المستهلك في الثياب بحيث لو حرقت لم يخرج منها شيء هل يمنع من بيعها بالذهب أم لا؟ وكالربا بين السيد، وعبده، لأنه في المعنى انتزع منه شيئاً ووهبه شيئاً.

قال في إيضاح المسالك: والمشهور المنع فيهما.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: اختلف المالكية في اعتبار الصور الخالية من المعنى كالذهب المستهلك في الثياب بحيث لو أحرقت لم يخرج منها شيء هل يمنع من بيعها بالذهب أو لا؟ وكالربا بين المالك، والمملوك لأنه في المعنى انتزع منه شيئاً ووهبه شيئاً والمشهور المنع فيهما.

قوله: «نعم قد اشتهر في العبد و السيد في الربا» - البيت - نعم كناية عن ثبوت الاعتبار، ولا كناية عن نفي الاعتبار، وضمير اشتهر، يعود على نعم، باعتبار تضمنها معنى الاعتبار، وإلا فهي حرف، والضمير خاص بالاسم، وفي العبد، يتعلق باشتهر، والربا بدل منه، بإعادة العامل، أي ثبوت الاعتبار، وقد اشتهر في ربا العبد والسيد، ونفي الاعتبار، قد اشتهر في الذهب المستهلك، في الثياب وجملة قبلا مستأنفة تم بها البيت، أي قد قبل الحكمان، وهما الاعتبار في الفرع الأول، وعدم الاعتبار في الثاني.

قلت: وتشهير المؤلف لعدم الاعتبار في الثاني مخالف لما قدمنا عن القواعد وإيضاح المسالك، لكنه موافق لما في مختصر الشيخ خليل والله تعالى أعلم.

ابن عرفة: وما لا يخرج بحرقه ذهب في لغوه لاستهلاكه، واعتباره لوجود عينه احتمال، وعلى اعتباره معرفة قدره بما مر.

قلت: ولم يحك المازري، وابن بشير فيه غير تردد اللخمي ولما حكاه ابن شاس وقال: وذكر غيره عن المتأخرين قولين.

ولما ذكر ابن بشير تردد اللخمي، قال: مع أنه حكى الاتفاق في الجلود التي يعزل منها هذا النوع، قبل أن يعزل على منع بيعها بذهب إن كانت منه، وبفضة إن كانت منها.

وحكى ابن محرز الخلاف فيه عن الأشياخ نظرا لعين مافيه واستهلاكه.

قلت: ولا يلزم من المنع في هذا المنع فيما تردد فيه اللخمي، وحكى فيه ابن الحاجب قولين وعبر ابن محرز، واللخمي عن هذا الجلد بالسمنطر.

قال المازري: وهو الجلد الذي كب عليه الذهب انتهى.

فصل

أي فصل البيع وما في معناه كالصلح وبعض مسائل الكراء وما يتعلق بذلك كالرهن والحميل.

هي العقد قط أو مع قبض بيع بعوض وقبيل قبض ريع
أنكره الإمام.....

هي أي البيع هل هو العقد فقط أم العقد والتقباض عن تعارض؟ وعليه

ضمان ما في المعيار بعد التقدير قبل مضي مقدار التمكين، أهو من البائع أو من المشتري وإذا هلك بعد العقد وقبل القبض فعلى أن البيع التعاقد فالضمان من المبتاع، وعلى أنه التقابض عن تعاوض فالضمان من البائع.

وعليه ما إذا غصب شيئاً ثم باعه وقبض ثمنه ثم افتقر وقد أجاز المستحق البيع، فعلى أن البيع التعاقد والتقابض معاً لا يكون له على المبتاع ثمن، وعلى أن البيع التعاقد فقط وقد أجاز البيع دون القبض فله أن يأخذ من المبتاع الثمن ثانية.

قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: اختلف المالكية في البيع أهو العقد فقط أم العقد والتقابض، وعليها ضمان ما في المكيال والميزان بعد التقدير، وقبل مضي مقدار التمكين أهو من البائع أو من المشتري؟ قال ابن بشير وفيه نظر انتهى.

و في إيضاح المسالك: تنبيه: قال المازري - رحمه الله تعالى - : ويعد أن يعتقد أحد من أهل المذهب أن حقيقة البيع هو التقابض عن تعارض.

ابن عبد السلام: وهذا القول أنكر وجوده في المذهب بعض كبار الشيوخ وحفاظهم وبنى على هذا الإنكار تخطئة ما يثبتته الموثقون، وغيرهم من الحكم على البائع بإنزال المشتري في الربع المبيع وتطريق الشهود عليه قال: ولو كان هذا لا زماً للبائع لكان ذلك حق توفيه فيكون ضمان الدار المبيعة من بائعها حتى يقبضها المشتري، وأثبت بعضهم هذا القول في المذهب، ورأى أن القول

بإنزال المشتري مبنى عليه .

وبالجمله فهو قول مختلف في ثبوته بين الشيوخ وأصول المذهب تأباه .

ابن رشد في نوازل سحنون من كتاب جامع البيوع : شراء الرجل من الرجل
الدار أو الأرض لا يخلو من أربعة أوجه : أحدها : أن يكون المبتاع مقرا للبائع
باليده و الملك .

والثاني : أن يقر له بالملك ولا يقر له باليد .

والثالث : أن يقر له باليد ولا يقر له بالملك .

والرابع : أن لا يقر له بيد ولا ملك .

فأما إذا كان مقرا له باليد و الملك فلا يلزمه أن يحوز ما باع منه ويسلمه إليه
وينزله فيه و إن دفعه دافع عن النزول في ذلك ، واستحقه منه مستحق بعد
النزول فيه فهي مصيبة نزلت به في قول سحنون ، والصواب أنه يلزمه فيما
باعه منه ، ويسلمه إليه بمنزلة إذا كان مقرا له بالملك غير مقرا له باليد ، مخافة
أن ينهض لينزل فيه فيمنعه وكيله فيه ، أو أمينه عليه من النزول فيه ، ويقول
له : لا أدري صدق ما تدعيه من شرائه ، فإن نزل فيه وصار بيده على الوجهين
فاستحقه منه مستحق كانت مصيبة نزلت به على قول سحنون ، وعلى ما في
سماع عيسى عن ابن القاسم في كتاب الاستحقاق خلاف قول أشهب في
المجموعه وقد قيل إنه خلاف ما يقوم من سماع عبد الملك في كتاب الكفالة
و الحوالة من قول ابن وهب و أشهب ، وليس ذلك عندي بصحيح .

وأما إذا كان مقرأ له باليد وغير مقر له بالملك، فعلى مذهب سحنون لا يلزم البائع أن يحوزه ما باع منه، والصواب أن ذلك يلزمه على ما ذكرناه للعلة التي وصفناها، فإن استحق من يده شيء من ذلك وجب الرجوع بذلك، على البائع و أما إذا كان غير مقر له باليد، ولا بالملك، فلا خلاف أنه يلزمه أن يحوزه ما باع منه، وينزله فيه، مخافة أن ينهض لقبض ذلك، والنزول فيه، فيمنعه منه مانع، فإن استحق من يده شيء من ذلك، وجب له به الرجوع على البائع أيضا، وضمان ما يطرأ على ذلك بعد العقد - وإن كان قبل القبض في الوجوه كلها، من غصب، أو غرق، أو هدم، أو حرق، وما أشبه ذلك - من المتبائع، إلا على القول بأن السلعة المباعة في ضمان البائع، وإن كان قبض الثمن و طال الأمر، مالم يقبضها المتبائع، أو يدعه البائع إلى قبضها فيأبى، وهو قول أشهب فللخروج من هذا الخلاف يقول الموثقون في وثائقهم، ونزل المتبائع فيما ابتاع وأبرأ البائع من درك الإنزال لأنه بنزوله فيما ابتاع، يسقط الضمان عن البائع باتفاق، و لكل واحد من المتبايعين حق في الإنزال على صاحبه إذا دعاه إليه وجب أن يحكم له به عليه البائع ليسقط عنه الضمان المختلف في لزومه إياه، والمتبائع ليجد السبيل إلى رجوع عليه بما يستحق من يده انتهى و تأمل الكلام على الإنزال وصفته في أحكام ابن سهل وكتب الموثقين كالمجموعة، و المتبائية و غيرهما قوله: «العقد قط أو مع القبض بيع» أي هل البيع العقد فقط أو العقد مع القبض بعوض، والباء بمعنى عن، أو للسببية.

قوله: «وقبل قبض ريع» هو تميم للبيت إذ يفهم مما قبله وهو القول الأول.

ريع: أي زيادة على حقيقة البيع.

ف قيل مضموم مقطوع عن الإضافة، وقبض ريع مبتدأ أو خبر، وصح الابتداء بالنكرة، لأن التقدير و ذكر قبض في الأول ريع ولذا يوجد في بعض النسخ أو ذكر قبض ريع وفي بعضها وقيل قبض ريع بكسر القاف مبنيًا للمجهول وكلتا هاتين النسختين زيادة مستغنى عنها بل توهم قولًا ثالثًا وإنما هو الأول.

قوله: «أنكره الإمام» المراد بالإمام المازري، أي أنكر القول الثاني وقد تقدم لفظه.

ص هل يعدد عقد بمعقود له تعدد
كالحل مع حرم بصفقة جمع والبيع مع شقص مجنس سمع

شي أي العقد هل يتعدد بتعدد المعقود عليه أم لا؟ فيه خلاف وعليه الصفقة إذا جمعت حلالاً و حراماً ومقارنة البيع للصرف أو النكاح أو الجعل أو القراض، أو المساقاة، أو الشركة.

و أما القرض فإجماع، فمن نظر إلى الاتحاد منع لاختلاف أحكام المعقود عليه، ومن التفت إلى التعدد أجاز والمختار إن كان مناب الحلال معلوماً بأول وهلة صح القول بالجواز وإلا امتنع، لأنه انعقد على غرر.

وأما لو أعراه عرايا من حوائط في شراء أكثر من عرية ثالثها: إن كانت بلفظ واحد لم يجز وإلا و لأن على الأصل و القاعدة هذا لفظ إيضاح المسالك.

و قال أيضاً أبو عبد الله المقري: قاعدة: اختلف المالكية في كون تعدد المعقود كتعدد العقد فكأنهما عقدان مفترقان أو لا؟ وعليه الصفقة إذا جمعت حلالاً

وحراما قال الغزالي: هذا كما لو قال قائل: رأيت زيدا وعمرا فإن التكذيب في احدهما لا يسري إلى التكذيب في الآخر.

قلت: إلا أنه يسرى إلى الخبر و هو أحد قوليهما في مثل محمد ومسيلمة صادقان إنهما خبران و هم.

قال ابن بشير: وقد يصح قول الغزالي إذا كان المعقود عليهما مختلفين.

وقال: وعليه تجزى مسائل من الاستحقاقات، والشفعة، وعليه الخلاف في مقارنة البيع للصرف أو النكاح، أو الجعل، أو القراض، أو المساقاة، أو الشركة أما السلف فإجماع، فمن نظر إلى الاتحاد منع لاختلاف أحكام المعقود عليه و من التفت إلى التعدد أجاز، والتحقيق إن كان مناب الحلال معلوما صح القول بالجواز، وإلا منع، لأنه انعقد على غرر كما مر في جمع الرجلين سلعتيهما.

وقال أيضا: قاعدة: اختلفوا في جواز الجمع بين عقدين مختلفي الحكم والمنصوص جواز الجمع بين البيع، والخلع، واختلفوا في البيع والنكاح، والصرف أو الشركة أو المساقاة، أو القراض، أو الجعالة، والإجماع على المنع من بيع و سلف.

وقال أيضا: قاعدة: العقود أعواض لاشتمالها على تحصيل حكمها في مسبباتها بطريق المناسبة، و الشيء الواحد بالاعتبار الواحد لا يناسب

المتباينين فمن ثم لا يجتمع النكاح والبيع على المشهور من مذهب مالك لتضادهما مكايسة ومسامحة ولا البيع والسلف إجماعاً، ولا البيع والصرف، أو الشركة أو القراض أو المساقاة، أو الجعالة على المشهور أيضاً وفي بعض ذلك تفضيل استحساني انتهى.

القرافي: الفرق السادس والخمسون والمائة بين قاعدة ما يجوز اجتماعه مع البيع وما لا يجوز اجتماعه: اعلم أن الفقهاء جمعوا أسماء العقود التي لا يجوز اجتماعها مع البيع في قولك: «جص مشنق» فالجيم للجعالة، والصاد: للصرف والميم: للمساقاة، والشين: للشركة، والنون للنكاح، والقاف للقراض، والسر في الفرق، أن العقود أسباب لاشتمالها على تحصيل حكمها في مسبباتها بطريق المناسبة، و الشيء الواحد بالاعتبار الواحد لا يناسب المتضادين فكل عقدين بينهما تضاد لا يجمعهما عقد واحد، فلذلك امتنعت العقود التي لا يجوز اجتماعها مع البيع بالتضاد وما لا تضاد يجوز اجتماعه مع البيع كالإجارة بخلاف الجعالة للزوم الجهالة في عمل الجعالة، وذلك ينافي البيع، والإجارة مبنية على نفي الغرر والجهالة وذلك يوافق البيع، ولا يجتمع النكاح و البيع لتضادهما في المكايسة في العوض والمعوض والمسامحة فيهما، وذلك في النكاح والضد في البيع محصل التضاد.

والصرف مبني على التشديد وامتناع الخيار والتأخير، وأمور كثيرة لا تشترط في البيع فساد البيع الصرف، والمساقاة، والقراض فيهما الغرر والجهالة كالجحالة وذلك مضاد للبيع و الشركة فيها صرف أحد النقدين بالآخر من غير قبض فهو صرف غير ناجز و في الشركة مخالفة الأصول، والبيع على وفق

الأصول، فهما متضادان، وما لا تضاد فيه يجوز جمعه مع البيع، فهذا وجه الفرق انتهى.

البقري في اختصاره: والسر في عدم اجتماع هذه التضاد الواقع بينها، ولما كانت العقود أسبابا كانت ولا بد مناسبة لمسبباتها، والشيء الواحد لا يناسب متضادين و ما لا تضاد فيه يجوز اجتماعها.

قال في إيضاح المسالك: تنبيه: حصل بعض مشايخ المذهب في الصفة إذا جمعت حلالا و حراما تسعة أقوال: الأول: فسخ الجميع.

الثاني: فسخ ما قابل الحرام و صحة ما قابل الحلال.

الثالث: يتبع الأقل الأكثر.

الرابع: الفرق بين أن يعلمنا معا بالفساد فيبطل ما قابل الحرام و يصح ما قابل الحلال، الفرق بين ما يصح تملكه فلا يبطل إلا ما قابل الحرام أو فيبطل جميعه.

السادس: الفرق بين ان يسمى لكل سلعة ثمنها فيبطل ما قابل الحرام أو لا فيبطل جميعها.

السابع: الفرق بين أن تكون السلعة لمالك واحد فيبطل جميعها، أو للمالكين فيبطل ما قابل الحرام، ويمضى ما قابل الحلال، وبه قال اللخمي - رحمه الله.

الثامن: إن كان مناب الحلال معلوما لأول وهلة صح ما قابل الحلال، وإلا

فلا.

التاسع: إن علما معا بحرمة الحرام فسخ الجميع، والأصح الحلال، واقيم من كتاب التدليس من المدونة.

قوله: «بمعقود» أي بمعقود عليه، فحذف النائب على قول من يجيز ذلك أو حذف حرف الجر أولا فاستتر الضمير، أو هو من عقد المتعدى بنفسه.

و قوله: «له تعدد» صفة لمعقود.

قوله: «بصفقة جمع» أي جمع هو أي ما ذكر في صفقة.

قوله: «والبيع مع شقص مجنس سمع» البيع بالخفض عطفًا على المحل، وجملة سمع مستأنفة، أي سمع بناء فرع البيع، أو بناء الفرعين معا على هذا الأصل، والشين للشركة، والقاف للقراض، والصاد للصرف و الميم: للمساقاة والجيم: للجعالة، والنون: للنكاح، والسين: للسلف.

وفي بعض النسخ بدل ما كتبنا جص مشقص و هما سواء، و كان الأولى أن لا يذكر السلف، لأنه لا يجتمع مع بيع و لا غيره من عقود المعاوضة، ولأن مقتضى ذكره هنا أنه يختلف في اجتماعه مع البيع بناء على الأصل المذكور، وليس كذلك لإجماع الأمة على المنع من بيع و سلف.

ولو قال المؤلف بدل ما ذكر جص مشنق كما قال القرافي، وغيره لكان أولى.

و قد نظمها بعضهم فقال:

ص	عقود معناها مع البيع ستة	ويجمعها في اللفظ جص مشنق
	فجعل وصرف والمساقاة شركة	نكاح قراض منع هذا محقق
	هل تبطل الصفقة بالفساد	من جهة قط كصرف باد
	وبيع ذمى وعتق...

ش اختلف المذهب على قولين في فساد البيع إذا انفرد أحد المتبايعين بالفساد وهو معنى قول المؤلف: «من جهة قط» وشهر عياض وابن محرز: أنه يوجب الفساد، وقط، اسم فعل بمعنى انته و اكتف، وهو في النظم بضم الطاء مخففة، و في بعض النسخ فقط بزيادة الفاء، وسكون الطاء.

وعليه الخلاف في تسلف أحد المتصارفين بخلاف تسليفهما معا وبيع الذمى طعاما قبل كليه من مسلم، ومن قال لعبدته إن شريتك أو ملكتك فأنت حر، عتق عليه جميعه إن اشتراه، أو بعضه و قوم عليه نصيب شريكه.

اللخمى: لو علم البائع يمينه لم يجز لجهل قيمة النصف، يعني لأنه باع نصيبه بعين أو عرض على أن يأخذ من المبتاع قيمة مجهولة، وراجع أقوال الصفقة تجمع حلالا و حراما، فإن بعضها مبني على هذا الأصل.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: علم أحد المتبايعين بالفساد دون الآخر اختلفوا في تأثيره كما إذا قصد النقص في الصورة قبلها، أو تسلف أحد المتصارفين بخلاف علمهما معا كتسلفهما فإنه يقتضي المنع، وليس التدليس من ذلك لحديث المصراة خلافا لقوم انتهى.

ويعني بقوله كما إذا قصد النقص في الصورة قبلها، نقص المقدار في
الصرف.

ابن بشير: وإن حصلت صورة التناجز ثم وجد نقصانا فلا يخلو من أن
يكون في المقدار أو في الصفقة فإن كان في المقدار فإن قام به انتقض الصرف
على القول بأن الغلبة لا تؤثر في الصحة، أو على القول بتأثيرها هل يعد ذلك
غلبة أما إن كان بغير قصد من أحدهما فيعد غلبة.

و أما إن قصده أحدهما فيجري على الخلاف في علم أحد المتبايعين بالفساد
في البيع، و إن لم يقم به فهل ينتقض الصرف؟ أما إن كان النقص كثيرا
فالمنصوص أنه ينتقض و يجري على خلاف في الغلبة كما قدمناه، و أما إن
كان النقص يسيرا فقولان منصوصان: أحدهما: أنه ينتقض كالكثير.

والثاني: أنه لا ينتقض، لأنه في حكم التبع، فكأنه معدوم، وكم مقدار
اليسير؟ قولان: أحدهما: أنه الدرهم في الألف.

والثاني: الدانق في الدينار و هذا خلاف فيما يعد يسيرا، وقد تتسامح
النفوس بتركه انتهى.

وما ذكر من أن الخلاف في تسلف أحد المصطرفين يجري على هذه القاعدة
هو أحد الطرق.

ابن بشير: وأما الصرف على الذمة فنحو ما ذكر في الكتاب إذا اضطرف
اثنان وليس معهما ما اضطرفا عليه فتسلف كل واحد منهما من آخر إلى جانبه

فقد منعه في الكتاب و إن كان أحد النقيدين مع واحد وتسلف الآخر ففيه قولان أجازاه ابن القاسم، ومنعه أشهب ورأه كالأول.

وقد اختلف المتأخرون في علة الفرق على مذهب ابن القاسم على أربع طرق: إحداهما: أن تسلفهما يقتضي علمهما جميعا بالفساد، وتسلف أحدهما يقتضي انفراد أحدهما بعلم ذلك، وينبنى على الآخر ظن ما صارفه عليه عنده.

وفي المذهب قولان في علم أحد المتبايعين بالفساد هل يقتضي المنع أم لا؟ والثانية: أن تسلف أحدهما يمكن أن يقصد به إفساد الصرف مع عقده أولا على شيء في يديه، ثم تسلف ندما ليفسد الصرف فلا يصدقه الآخر عليه، ويقابله بنقيض قصده، وهذا يمكن أن يظهر من قرينة الحال أنه لم يقصده فيتفق على الفساد على هذه الطريقة.

والثالثة: أن تسلفهما يقتضي وقوع الصرف على غير معين من العين، وإذا وقع ذلك لم يجب انتقاض الصرف بوجود الزيوف، بل يجب البطلان فلهذا لا يجوز الصرف إلا أن يعينا ما يصطرفان عليه، وعاب هذا أبو القاسم بن محرز، بأنه يلزم إذا تسلف أحدهما وهو لازم فلا بد.

والطريقة الرابعة: طريقة ابن محرز وهي: أن تسلفهما جميعا يكثر به التأخير وتسلف أحدهما يقل به التأخير، ومتى قل خف أمره، ومتى كثر بطل الصرف.

وهذه الطريقة هي أسد الطرق، وهي مقتضى الأصول، وألفاظ الكتاب

انتهى .

وأجرى المازري على هذا الأصل جمع الرجلين سلعهما في البيع إذا لم يعلم المشتري .

هيوهل ورد الحكم بين بين كونه اعتقد
كالبيع مع شرط يصح وبطل وحكم زنديق وشبهه نقل

هي اختلف هل ورد الحكم بين بين أي حكم بين حكمين فأثبتته المالكية، وهو من أصولهم، ونفاه الشافعية ويعمل به عند من أثبتته في بعض صور تعارض الأدلة ولا ترجيح كما إذا أشبه الفرع أصليين و لم يترجح أحد الشبهين .

من ورود حكم بين حكمين اجتماع البيع والشرط حيث يصح البيع ويبطل الشرط وذلك في مسائل، لأنه حكم بين بطلانها وصحتها معا، إذ العقد واحد ومالك في البيع المقارن للشرط تفصيل وذلك أنه قد يبطلان معا، كالبيع بشرط السلف، وأن لا يبيع ولا يهب وقد يصحان كالبيع بشرط الرهن، والكفيل أو الأجل، وقد يصح البيع ويبطل الشرط كالبيع بشرط عدم القيام بالجائحة، أو بشرط أن تبقى ثياب المهنة للبائع، أو بشرط أن لا مواضعة ولا عهدة .

قال القاضي ابن رشد: الشروط المشترطة في البيع على مذهب مالك تنقسم على أربعة أقسام: قسم يبطل فيه البيع والشرط، وهو ما آل البيع به إلى الاختلال بشرط من الشروط في صحة البيع .

ومنها: ما يفسخ به البيع ما دام مشروط الشرط متمسكا بشرطه وقسم: يجوز فيه البيع والشرط و هو ما كان الشرط فيه جائزا لا يؤول إلى فساد و لا يؤول إلى حرام.

وقسم: يجوز فيه البيع ويفسخ الشرط و هو ما كان الشرط فيه حراما إلا أنه خفيف فلم يقع عليه حصة من الثمن انتهى.

وفصل مالك رحمه الله هذا التفصيل جمعا بين الأحاديث الواردة في ذلك.

قال القاضي ابن رشد: إن عبد الواحد بن سعيد قال: قدمت مكة المشرفة فوجدت فيها أبا حنيفة، وابن أبي ليلى وابن شبرمة.

فقلت: لأبي حنيفة ما تقول في رجل باع شيئا واشترط شيئا؟ فقال: البيع باطل، والشرط باطل، ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته، فقال: البيع جائز والشرط باطل.

ثم أتيت ابن شبرمة فسألته، فقال: البيع جائز والشرط جائز، فقلت: سبحان لله ثلاثة من فقهاء العراق، اختلفوا في مسألة واحدة.

فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال: لا أدري ما قالا؟ إن رسول الله: «نهى عن بيع وشرط».

ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته فقال: لا أدري ما قالا؟ قالت عائشة رضي الله عنها أمرني رسول الله ﷺ «أن أشتري بريرة، وأعتقها وأن أشرط لأهلها الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق» البيع جائز والشرط باطل.

ثم أتيت ابن شبرمة، فأخبرته، فقال: لأدري ما قالا؟ قال جابر: «بعت من النبي ﷺ ناقة، وشرط لي حلابها، وظهرها إلى المدينة» البيع جائز، وشرط جائز، فعرف مالك رحمه الله الأحاديث كلها فاستعملها في مواضعها، وتأولها على وجوهها، ولم يعن غيره النظر، ولا أحسن تأويل الأثر انتهى.

ومن حكم بين حكمين حكم الزنديق، وبيانه على أن قتله مبني على ما أبطن من الكفر فله في ذلك حكم المرتد، غير أنه إذا ظهر عليه فقتله، ولا نقبل توبته، لأنها لا تعرف، وكون ميراثه لورثته لا لبيت المال مبني على ما أظهر من الإيمان، فلم يتخلص له حكم الكفر ولا حكم الإيمان، وهو معنى حكم بين حكمين.

وهذا على قول ابن القاسم: أن ماله لورثته وهو المشهور وأما على قوله غيره فقد تمحض له حكم الكفر، ويدل على أن قتله قتل كفر لا قتل حد أنه لا يقتل إذا جاء تائباً وظهر من قوله، والحدود لا تسقط بالتوبة ومن حكم بين حكمين قوله ﷺ في ولد أمة زمعة الذي تخاصم فيه سعد بن أبي وقاص، وعبد بن زمعة رضي الله عنهما «الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة».

قال القاضي أبو الفضل عياض: وفي حكمه ﷺ بالولد للفراش و حكمه بالاحتجاب لأجل الشبهة، القضاء بحكمين في مسألة، والاحتجاب إنما هو ندب واحتياط لأزواجه، كما تقدم.

قال تقي الدين بن دقيق العيد: جعل بعض المالكية الحديث دليلاً لقاعدة

من قواعد مذهبهم هي: أن الفرع إذا أشبه أصلين و دار بينهما يعطي حكما بين حكمين، لأنه لو أعطى حكم أحدهما فقط لزم إلغاء شبهه بالآخر و الفرض أنه أشبه و بيانه من الحديث أنه أعطى حكم الفراش فألحق النسب، ولم يحضه فأمرها بالاحتجاب، و أعطى حكم الشبه فأمر بالاحتجاب، ولم يحضه فألحق الولد بالفراش.

قال: ويعترض على أخذهم هذا من هذا الحديث بأن صورة النزاع في تلك القاعدة إنما هي إذا دار الفرع بين أصلين شرعيين يقتضي الشرع إلحاقه بكل واحد منهما و الشبه هاهنا لا يقتضي إلحاقه بعتبة، و إنما أمرها بالاحتجاب احتياطا و إرشادا إلى مصلحة و جودية لا على وجوب حكم شرعي، و يؤكد أنه لو وجدنا شبهها في ولد لغير صاحب الفراش لم نثبت لذلك حكما، و ليس في الاحتجاب هاهنا إلا ترك أمر مباح على تقدير ثبوت المحرمية و هو قريب انتهى.

شهاب الدين بن حجر: و استدل به بعض المالكية على مشروعية الحكم بين حكمين وهو أن يأخذ الفرع شبهها من أكثر من أصل فيعطي أحكاما بعدد ذلك و ذلك أن الفراش يقتضي إلحاقه بزمنة في النسب، و الشبه يقتضي إلحاقه بعتبة فأعطى الفرع حكما بين حكمين، فروعى الفراش في النسب، و الشبه البين في الاحتجاب، قال وإلحاقه بهما و لو من وجه أولى من إلغاء أحدهما من كل وجه.

قال ابن دقيق العيد: ويعترض على هذا بأن صورة المسألة ما إذا دار الفرع

بين أصليين شرعيين و هنا الإلحاق شرعي للتصريح بقوله: «الولد للفراش» فيبقى الأمر بالاحتجاب مشكلا، لأنه يناقض الإلحاق فتعين أنه للاحتياط لوجوب حكم شرعي، وليس فيه إلا ترك مباح مع ثبوت المحرمية انتهى.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: قال ابن العربي: القضاء بالترجيح لا يقطع حكم المرجوح بالكلية بل يجب العطف عليه بحسب مرتبته لقوله عليه السلام: «الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة» هذا مستند مالك فيما كره أكله فإنه حكم بالتحليل لظهور الدليل و أعطى المعارض أثره، فتبين مسأله تجدها على ما رسمت لك انتهى.

قوله: «كونه اعتقد» أي اعتقد وجود حكم بين حكيمين، فكون مصدر كان التامة، و يجوز أن يكون التقدير اعتقد كونه واردا، فتكون ناقصة، ويجوز أن يكون اعتقد ماضيا مبنيا للمجهول، وكونه مرفوعا بالابتداء، وضبطه المؤلف في مختصر المنهج بالوجهين و من حكم بين حكيمين أيضا مراعاة الخلاف، و قد مر فيها .

ص هل نظر إلى الجزاف قبض

ش أي النظر إلى الجزاف هل هو قبض أم لا ؟ وعليه في بيعه قبل قبضه قولان.

ص هل رد ما بيع بعيب نقض

أو ابتياع فزكاة ويمين

بيع شراء الذمي خلع يستبين وأمة جعل ضمان وفلس

وشبهها قد بنيت على الأسس

تنبيه القول ببيع انعقد بعهدة وشفعة رضى فقد
 وفرق الإمام بين البيع والرد بالعيب بجبر الشرع
 والقول بالنقض بعق نقضا وغلة فانظر إذا ما اعترضا

ش أي الرد بالعيب هل هو نقض للبيع من أصله أو كابتداء بيع؟ وعليه
 المشية ترد بعيب في بناء ربها على ما تقدم، أو استقباله قولان.

وعليه إن حلف بعق عبده إن كلم فلانا ثم باعه ثم كلمه ثم رد بعيب هل
 يحث بالكلام الواقع منه قبل أن يرد عليه أو لا؟ على القاعدة.

ومن باع سلعة من أهل الذمة في غير قطره ثم ردت عليه بعيب في إعطائه
 العشر قولان بناء عليها.

ومن اشترى عبدا كافرا من كافر ثم أسلم العبد، فاطلع على عيب هل له
 الرد على بائعه الكافر أم لا؟ قولان على القاعدة.

ابن القاسم: نعم.

أشهب و عبد الملك: لا، واختاره ابن حبيب.

وعليه لو خالعتها فتبين أن به عيب خيار، ففي رجوعها عليه قولان على
 القاعدة و من اشترى أمة على المواضعة ثم ردها بعيب بعد خروجها من
 المواضعة هل يجب على المشتري أيضا مواضعتها كما وجب له ذلك على
 البائع أم لا.

وما في تفليس العتبية: إذا أوصى بخيار أمة في عتقها أو بيعها، فاختارت البيع فبيعت، ثم ردها بعيب فأرادت الرجوع للعتق هل لها ذلك أم لا؟ ابن وهب: نعم وغيره لا، على القاعدة و هذان الفرعان يشملهما قول المؤلف: «وأمة».

و عليه أيضا رد السمسار الجعل و من رد بعيب ثم تلف قبل القبض ففي ضمانه قولان، فعلى أنه حل للبيع من أصله يكون الضمان من البائع، و على أنه كابتداء بيع يعود الأمر إلى اعتبار تعلق الضمان بمجرد العقد للبيع، أو بمجرد العقد مع اعتبار مضي إمكان التسليم بعده إلى غيره هذا مما قيل فيه.

و إذا حاص البائع الغرماء في الفلاس لفوات السلعة ثم ردت بعيب و إلى هذه الفروع أشار المؤلف، و هي مرتبة على حسب ترتبيه، و يدخل تحت قوله: «شبهها» فرع تزويج العبد بغير إذن سيده المذكورة في كلام المقرئ بعد.

قال في إيضاح المسالك: تنبيه: ضعف كون الرد بالعيب كابتداء بيع، بأنه لو كان كذلك لتوقف على رضی البائع، ولوجبت الشفعة للشريك إذا رد المشتري بالعيب، و العهدة فيه إذا رد به، و لا يجب الجميع باتفاق، وإن قيل: إن الرد بالعيب كابتداء بيع على طريق ابن دحون لا على طريق ابن رشد في حكاية الخلاف على القاعدة، في العهدين معا أعنى عهدة الثلاث، وعهدة السنة، و لكن قال المازري: هذا وإن قيل فهو بيع أوجبه الشرع بغير اختيار من رجع إليه البيع، فخرج عن العقود الاختيارية المقصود فيها المكايسة واستشكل القول بأنه نقض للبيع من أصله باتفاقهم على أنه كابتداء بيع فيمن ابتاع أمة بعبد فأعتق الأمة، ثم رد العبد بعيب أنه لا يكون له نقض للبيع

و إنما له قيمة الأمة، وبتطابق فقهاء الأمصار كأبي حنيفة و مالك، و الشافعي و غيرهم على أنه لا يرد الغلة، حتى إن كثيرا من العلماء لينكر وجود الخلاف فقد قال الأبهري لا خلاف بين أهل العلم أن الاغتلال للمشتري، ولا يرد إذا رد بعيب.

و قال ابن الجهم: إذا أجرى العبد بإجارة كثيرة، أو زوج الأمة بصداق كثير أو قليل ثم رد بالعيب، فإنه لا يرد ما أخذ من إجارة أو صداق، قال: ولا خلاف بين الناس في هذا، وهكذا ذكر ابن داود أنه لا خلاف بين العلماء في هذا أيضا و لم يخالف في ذلك إلا شريح و عبد الله بن الحسن العنبري في حكاية الجوزي ونقل المازري انتهى.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: اختلفوا في الرد بالعيب أهو نقض للبيع من أصله أو من حينه؟ فإذا تزوج العبد بغير إذن سيده فباعه قبل العلم ورضى المشتري بذلك فلا فسخ له، وهي قاعدة من التزم لغير مشتري و لم يعلم، ولا قبل، فإن أطلع المشتري على عيب فيه رده به، فإن كان نقضا لم يرد الذي رضى به نقضا وللسيد الفسخ، وإن كان من حين الرد، رد و لا خيار للسيد و قيل بسقوط الخيار بالبيع قولان، كمن باع ما يستشفع به، ورد بأن الشفعة مختلف في وجوبها أهو للضرر، أو للبيع، ولو خالعتها فتبين أن به عيبا ففي رجوعها قولان، على القاعدة بخلاف النكاح المجمع على فساده و أما المختلف فيه فعلى مراعاة الخلاف، ومذهب الشافعي أنه قطع له من حينه و قال مالك: يرد الولد، واستحسن أن لا يرد غيره، وقال محمد: لا يرد شيئا.

وعلى الأول قال ابن القاسم: لا بدل في الصرف وعلى الثاني أجازته ابن وهب انتهى.

وسنذكر أيضا في فصل التقديرات الشرعية ببعض ما يبنى على كون الرد بالعيب نقضا للبيع من أصله أو من حينه، وما يرد على الثاني من الإشكال وجوابه.

قوله: «هل رد ما بيع بعيب اسم بنقض أم ابتياع» بعيب يتعلق برد، والباء سببية.

قوله: «فزكاة» مبتدأ وخبره قد بنيت على الأسس، والأسس بفتح الهمزة والسين مقصور من الأساس.

قوله: «بيع شراء الذمي» أي وبيع الذمي، وشراء الذمي، أي وشراء من الذمي وهذا إشارة إلى الفرعين السابقين، والذمي بائع في كل منهما وقد يكون الشراء بمعنى البيع فلا تقدر «من»، وبيع بحذف التنوين للمضاف المقدر.

ص هل يد الوكيل كالموكل وهل كما قد حل ما للأجل
فالأول الصرف له والثاني فيه وفي زكاة الدينان

ش اشتمل كلامه على أصليين: يد الوكيل هل هي كيد الموكل أم لا؟.

الثاني: ما في الذمة هل هو كالحال أم لا؟ وتقدير كلام المؤلف و هل ما للأجل كما قد حل، أي هل الدين الذي للأجل كالذي قد حل.

و على الأول: الوكالة على قبض الصرف، ويذهب بخلاف الحوالة، فإنه يقتضي لنفسه، و الحمالة فإنها لا تجوز، والمشهور إذا تولى الوكيل قبض الصرف دون عقده بحضرة الموكل صح.

و على الثاني: صرف الدين المؤجل، والمشهور المنع وإليه أشار بقوله: «فيه» أي في الصرف، أي والأصل الثاني ثابت في الصرف موجود فيه وزكاة دين المدين المؤجل هل بالقيمة و هو المشهور أو بالعدد و هو الشاذ وإليه أشار بقوله: «وفي ذكاة» وعليه ما إذا كان له دين، وعليه دين هل يجعل ما عليه في عدد ماله فيزكي ما بيده من العين أو يجعله في قيمته وعليه إذا أخذ شقصا عن دين هل الشفعة فيه بالقيمة أو بعدد وإلى هذين الفرعين أشار المؤلف بقوله: «الدينان» و هو مبتدأ والخبر محذوف، أي الدينان كذلك، أو مخفوض بالعطف على ما قبله على لغة التزام الألف و سلكها محافظة على الردف، والتقدير، والثاني له الدينان فيه و في الزكاة أي في الصرف و في الزكاة، أي دين في الصرف و دين في الزكاة و على هذا فلا يشمل مسألة الشفعة، أو الدينان مبتدأ، و في زكاة خبر، أي و في الزكاة دينان و قد بنى على هذا الأصل، و على هذا فخير الثاني هو فيه، أي في الصرف قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: اختلفوا في يد الوكيل هل هي كيد الموكل أم لا؟ و عليه الوكالة في قبض الصرف، و يذهب بخلاف الحوالة فإنه يقتضي لنفسه، و الحمالة.

اللخمي: الحمالة على ثلاثة أقسام، فإن كانت بما يحضره من العوض امتنع الصرف لعدم التناجز، وإن تحمل برد العوض أو مثله إن وقع الاستحقاق جاز.

ابن بشير: وظاهر المذهب المنع لأنه يشعر بوجود التأخير و أن التقابض لم

تحصل الثقة به قال اللخمي: إلا بإبدال الزائف فعلى البدل، ورد بأن هذا دخل على التعرض لوجود الزائف و المشهور إذا تولى الوكيل قبض الصرف دون عقده بحضور الوكيل صح.

وقال أيضا: قاعدة: ما في الذمة هل يعد كالحال أو لا؟ اختلف المالكية فيه و عليه زكاة دين المدين المؤجل بالقيمة، و هو المشهور، أو بالعدد.

هي وهل كما عدم حساما عدم معنى كدرهم الرصاص لا نعم

شي أي المعدوم معنى هل هو كالمعدوم حقيقة و حسا أو لا؟ و عليه من وجد في الصرف رصاصا أو نحاسا هل له الرضى به، فيكون كالزائف أو يكون كالمعدوم فيفسخ الصرف لتأخير القبض قولان.

ومن وجد رأس مال السلم بعد شهر نحاسا أو رصاصا أبدله ولا ينتقض قال سحنون: معناه أنه مغشوش لا محض نحاس، وقيل: على ظاهره و هي مسألة السلم الأول منها.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: اختلفوا في المعدوم معنى هل هو كالمعدوم حقيقة أو لا؟ فإذا وجد في الصرف رصاصا أو نحاسا فهل له الرضى به و يكون كالزائف فيما تقدم أو يكون كالعدم فيفسخ الصرف لتأخر القبض قولان و كذلك مسألة كتاب السلم الأول إن وجد رأس المال بعد شهر نحاسا أو رصاصا أبدله و لا ينتقض.

قال سحنون: إنه مغشوش لا محض نحاس، وقيل على ظاهره.

قوله: «لا نعم» أي قيل: لا.

وقيل: نعم.

ويحتمل أن يكون نعم جوابا عن سؤال مقدر لا لمذكور.

وهل لما ندر حكم ما غلب أم حكم نفس كالفلوس والرطب
وكسلحفات وقوت ندر كذا مخالط، ونحو ذكرا

أي نواذر الصور هل تعطى حكم نفسها أو حكم غالبها؟ و عليه إجراء ابن بشير الربا في الفلوس، ثالثها يكره، ورد إجراء اللخمي إياه على أنه في العين غير معلل و العلة الثمينة والقيمة، فقول أشهب: إن القائمين مجمعون على التعليل و إن اختلفوا في عين العلة.

من رأى أن علة الربا في النقدين كونهما أثمان المبيعات وقيم المتلفات ألحق بهما الفلوس، ومن رأى أنه شرع غير معلل منع لحوق الفلوس بهما.

ابن بشير: وهذا غير صحيح للإجماع أنه معلل، وإنما اختلفوا في عين العلة و إنما سبب الخلاف في الفلوس الصور النادرة هل تراعى أم لا؟ فمن راعاها ألحق الفلوس بالعين و من لا فلا، ويمكن أن يتخرج الخلاف فيها على اختلاف العوائد فيحمل الجواز حيث لا يتعامل بها، والمنع على عكسه.

وعليه أيضا الخلاف في وجوب الزكاة في العنب الذي لا يتزبب، و الرطب الذي لا يتثمر.

و إلى صورتى العنب و الرطب أشار المؤلف بقوله «والرطب» وعليه أيضا وجوب الزكاة ودخول الربا في نادر الاقتنيات و إليه أشار بقوله «وقوت ندرا» والسلحفات و السرطان و الضفدع و نحوهما مما يطول حياته في البر هل يعطي حكم البري ، أو البحري و في نفقة الزمن بعد بلوغه فعلى المراعاة لا تنقطع وعلى أن لا تنقطع.

قال في إيضاح المسالك: تنبيه: قالوا: إذا عم الجراد المسالك فلا جزاء انتهى.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة اختلفوا في مراعاة نواذر الصور و عليه حمل ابن بشير الربا في الفلوس، ثالثها يكره.

ورد إجراء اللخمي إياه على أنه في العين غير معلل، أو العلة الثمنية و القيمة بقول أشهب أن القائسين مجتمعون على التعليل، وإن اختلفوا في عين العلة.

قلت: وهو عندي على أن العلة في العين كونها ثمنا و قيمة أو كونها أصلا في ذلك كالشافعي.

وقال النعمان: الوزن و أجرى الربا في كل موزون، وقال ابن العربي: ليست العلة القاصرة في الأصول إلا في هذه المسألة، و قد تجرى في الفروق و الجموع

أثناء المسائل.

و قال المقرئ أيضا: قاعدة: اختلف المالكية في مراعاة النواذر في نفسه أو إجراء حكم الغالب عليه، فعلى المراعاة لا تنقطع النفقة عن الزمن ببلوغه و على الإعطاء تنقطع أما إن عادة الزمانة لم تعد على الأصح، وهما على قاعدة الخلاف هل يفتقر إلى الاتصال ليعتضد بأن الأصل بقاء ما كان على ما كان لضعفه في نفسه، أو يستقل لوجود المخلوف فيه كالعجز في صورة النزاع، و للمالكية فيه قولان وقال أيضا: قاعدة.

اختلف المالكية في مراعاة حكم النادر في نفسه أو إلحاقه بالغالب كعدم الانفكاك عما يختص ببعض المياه من المخالطات، قيل: يؤثر فيما يختص به لأنه لا يعم، وقيل: لا يؤثر لعدم انفكاكه عنه، و كذا العذر يذكر الصلاة المنسية لمقدارها، وقيل: تسقط بها عنه الحاضرة، وقيل: لا و كالمصلي إلى غير القبلة، وهو من المعرفة بحيث يتصور رجوعه إلى يقين، لأن أحكام الشرع لم تبني على مثله، و كوجوب الزكاة في نادر الاقتيات والربا، والأخذ عما لا يبلغ الكمال مما يبلغه، أو ثمنه.

و زكاة الترس و نحوه مما يعيش في البر من دواب البحر، و تسمى بقاعدة الالتفات إلى نواذر الصور انتهى.

قلت: وإلى فرع الماء المخالط أشار المؤلف بقوله: «كذا مخالط».

أم موجب الحكم كدينار قسم

هل المراعى ما بذمه علم

جميعه على الذي قد نجما

ليقتضي منجما أو قدما

شي أي اختلف هل المراعى ما ترتب في الذمة، وهو ما سماه المتصارفان أو المراعى ما يوجبه الحكم؟ قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: اختلفوا في جزء الدينار هل هو درهم في الحال اعتبارا بالمال، أو ذهباً إلى يوم القضاء فيصير درهما لانتفاء الجزء و امتناع الكسر، وكذلك جزء الدرهم هل هو فضة أو فلوس، فإذا استسلف منه نصف دينار فدفع إليه دينارا على أن يرد له نصفه، و لم يأمره بصرفه بل سكت فإن قلنا بالأول فصرف يوم السلف، وإن قلنا بالثاني فصرف يوم القضاء و إذا ثبت في ذمة آخر دينار هل يأخذ لبعضه ورقا أو لا؟ إن قلنا إن الباقي يكون ذهباً جاز، وهو المشهور، وإن قلنا فضة امتنع، وصار كأنه صرف الجميع و انتقد البعض.

وقال أيضا: قاعدة: ما يوجبه الحكم قال ابن القاسم: ليس كالشرط فمن ابتاع بدائق وقع البيع بالفضة و أعطاه ما تراضيا عليه، فإن تشاحا أعطاه فلوسا في الموضع الذي توجد فيه بصرف يوم القضاء.

و في الدمياطية كشرط، فلا يجوز هذا، لأن صرف يوم القضاء مجهول انتهى.

قلت: و إلى صورة قول المقرئ: فإذا استسلف منه نصف دينار، أشار المؤلف بقوله: «كدينار قسم ليقتضى منجما» و معنى قوله: «قسم» بين الاقتضاء و الرد، وهو الذي أراد بقوله: «منجما» أي موزعا بين الاقتضاء المعجل و الرد المؤجل فهو تأكيد لما قبله، والعبارة لا يخلو من تعقيد.

وتنجيم المال في اللغة: تأديته نجوما ولو قال المؤلف موزعا عوض منجما لكان أحسن، وإلى صورة قول المقرئ: وإذا ثبت في ذمة آخر دينار.

أشار المؤلف بقوله: «وقد ما جميعه على الذي قد نجما» أي على الذي قد سقط وبعض من صرفه.

قال الشيخ ابن عرفة: وأما إذا دفع لمن عليه نصف دينار دينار ليصرفه فيأخذ نصفه ويأتيه بنصفه فاختلف قول مالك فيه بناء على اعتبار ما ترتب في الذمة فيكون دفعه قضاء وتوكيلا على صرف باقيه، واعتبار ما يوجبه الحكم فيكون صرفا لبعضه وتوكيلا على صرف باقيه فيؤول لصرف بعض الدينار فإن أعطاه دينارا أخذ منه صرف نصفه جاز اتفاقا وإن ترك نصفه أمانة جاز على الأول، لأنه قضاء وإبداع، لا على الثاني، لأنه صرف بعض وكذا إن ترك نصفه قرضا لأنه على الأول قضاء وسلف وعلى الثاني صرف وسلف.

قلت: فيها إن دفع مبتاع سلعة بثلثي دينار دينارا لبائعها، قال: استوف منه ثلثيك ودع ثلثه عندك أنتفع به فلا بأس به إن لم يكن بينهما عند التباع إضمار ولا عادة انتهى.

وفي صرف الجزء تفصيل، وذلك أنه إن حصلت المناجزة حسا ومعنى جاز اتفاقا كصرف جزء دينار ونقرة لشريكه بحيث يخلص للشريك جميع الدينار أو النقرة.

وكم من صرف دراهم بدنانير من رجلين وإن لم تحصل المناجزة حسا حالة

العقد و حصلت معنى فقولان، كأن يصرف نصف دينار من رجل، والباقي له وقبض المصرف جميعه، ومذهب الكتاب المنع لبقاء الشركة وجولان اليد.

و حكى غير واحد عن أشهب الجواز لأن المصرف تميز بملك البعض و إن صرف من غير شريكه بحيث لا يبقى له شركة في الدينار فقولان أيضا، وطالع قول ابن عرفة، و في منع صرف جزء دينار معين باقيه لبائعه المشهور مع قول أشهب فيها، إلى آخر كلامه في ذلك ففيه الشفاء.

قوله: «ما بذمة علم» أي ما علم في الذمة.

ص	مبقى أو مبيع المستثنى	كبيع كالدور وثنيا السكنى
	وبيع مركوب وثنيا الانتفاع	أيضمن البائع أم ذوالابتياع
	لمالك وأصبغ واستشكلا	هذا ابن محرز وذاك قبلا
	وشجر وثمر موت حصل	فيهم ————— تعين به.....

ش أي هل المستثنى مبيع أم مبيع؟ و عليه إذا باع دارا واستثنى سكنها سنة فانهدمت أو باع دابة واستثنى ركوبها يومين فهلكت.

قال مالك: لا ضمان للسكنى و الركوب.

و قال أصبغ: بالضمنان، بناء على القاعدة و إذا باع شجرا واستثنى ثمرها هل يمنع من بيع المستثنى قبل قبضه أو لا؟ قولان لمالك ونصر بن عبد الحكم و الأبهري الجواز و لا ضمان ها هنا، على المشتري باتفاق و إلى هذا الفرع الإشارة بقول المؤلف: «شجرة».

و من استثنى من الثمرة كيلا فأجيب بما يعتبر هل يوضع من المستثنى بقدره أو لا؟ قولان، وروى ابن القاسم، واشهب وابن عبد الحكم: أنه يحط و به أخذ ابن القاسم، وأصبغ بناء على أنه مشتري، وروى ابن وهب: أنه لا يحط، بناء على أنه مبقى، وكأن إنما باع من حائطه ما بقى بعد ما استثنى، لأن الذي استثناه أبقاه على ملكه و إلى هذا أشار المؤلف بقوله: «ثمرة».

و إذا مات ما استثنى منه معين هل يضمن المشتري أم لا؟ قولان على القاعدة فعلى أنه مبقى لا ضمان، و على أنه مبيع فالضمان.

ولابن القاسم القولان و إلى هذا أشار المؤلف بقوله: «موت حصل فيما تعين به» أي و موت حل فيما تعين بالاستثناء بمعنى أن الاستثناء وقع معيناً لا على جزء شائع، وعليه أيضاً إذا اكرى داره أو أرضه و فيها شجرة فاستثنى رب الأرض أو الدار منها شجراً بأعيانها لنفسه، و أدخل ما عداه في الكراء، منعه ابن العطار و أجازه ابن أبي زمنين، بناء على أن المستثنى مبيع أو مبقى.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: اختلفوا في المستثنى أهو مشتري أو باق على الملك، فإذا باع شجراً واستثنى ثمراً فهل يمنع من بيع المستثنى قبل قبضه أو لا؟ قولان ولا ضمان لها هنا على المشتري.

قوله: «كبيع الدار وثنيا السكنى» أي كما إذا اشترى داراً و اشترط عليه سكنى عام و سكن ستة أشهر مثلاً و انهدمت الدار، هل ضمان ما بقى من المشتري بناء على أنه مشتري أم من البائع بناء على أنه مبقى، و كذلك في الدابة و غيرها.

قوله: «لمالك و أصبغ» هو ترتب على ما قبله فمالك يقول: بضمان البائع و أصبغ يقول: بضمان المشتري.

قوله: «واستشكلا هذا ابن محرز، وذلك قبلا» ذا إشارة إلى قول اصبغ و ذاك إلى قول مالك.

وهو قول ابن القاسم أيضا، أي قبل قول مالك وابن القاسم، و استشكل قول أصبغ.

قال في إيضاح المسالك: تنبيه: قال الشيخ أبو القاسم بن محرز: قول ابن القاسم، هو الصواب، و لا معنى لقول أصبغ، ومذهب أصبغ يدل على أن المستثنى عنده على ملك المشتري و هو مما يعلم بطلانه ضرورة، و ذلك أن المشتري ما ملك قط المستثنى، و لا بيع منه إنما بيع منه ما سواه فكيف يقال: إنه ملكه و إنه باعه حتى يكون عليه فيه عهدة؟ هذا لا ينبغي لمن له تحصيل أن يذهب إليه، و هذا عندنا وهم من أصبغ - رحمه الله - و لو كان المستثنى يستوفي على ملك المشتري للزم في الصبرة إذا استثنى البائع منها كيلا، مثله أن يكون ضمان ذلك المكيل من المشتري حتى يوفيه البائع، هذا مما لا يقوله أحد، و أما مسألة مالك في الذي استثنى من ثمرته التي باع كيلا، و كراهيته في أحد قولييه أن يبيع ما استثنى حتى يكال له و يستوفيه، فإنما كرهه خوف الالتباس لئلا يراه من يعقد فيه بيعا لم يكتله فيتوهم أنه يشتريه من المشتري و لا يعلم أصل المعاملة كيف كانت و لعله ممن يقتدي به فكرهه لذلك.

تنبيه ثان: قال ابن رشد - رحمه الله - : لم يختلف قول مالك - رحمه

الله - و لا قول أحد من أصحابه - فيما علمت - أنه لا يجوز بيع الأمة، ولا بيع شيء من الحيوان واستثناء ما في بطنه، لأنهم رأوا البائع مبتاعا للجنين بما وضع من قيمة الأم لمكان استثناء الجنين، فكأنه على مذهبه، ومذهبهم باع بالثمن الذي سمى وبالجنين الذي استثنى وإن كان قد اختلف قوله وأقوالهم في المستثنى هل هو مبقى على ملك البائع أهو بمنزلة المشتري في غير مسألة فيأتي على القول في المستثنى أنه مبقى على ملك البائع إجازة بيع الحامل واستثناء ما في بطنها وعلى هذا إجازة من أجازة من أهل العلم منهم الأوزاعي والحسن بن يحيى وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهوية وداود، وروى ذلك عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما فإذا باع الرجل الحامل واستثنى ما في بطنها فهو على مذهب مالك وأصحابه بائع للأمة ومبتاع لما في بطنها في صفقة واحدة فوجب أن تكون البيعتان فاسدتين انتهى.

فتأمل مع ما لا بن محرز، ولعل اتفاق المالكية على المنع في هذه حجة على ابن محرز فيما تعقبه على أصبغ انتهى.

ص وهو ما فعل
كفعل حاكم كحكم قررا

شيء أي من فعل فعلا لو رفع إلى الحاكم لم يفعل سواء هل يكون فعله بمنزلة الحكم أو لا؟ فيه قولان.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: من فعل فعلا لو رفع إلى الحاكم لم يزد عليه فهل يكون فعله بمنزلة الحكم أو لا قولان للمالكية، كمن أسلم في

طعام سلما فاسدا مختلفا في فساده، فأراد أن يأخذ عنه من صنفه فإن ذلك لا يجوز ما لم يحكم حاكم بالفساد، فإن قررا ذلك بينهما و أشهدوا به فقولان على القاعدة.

و كذلك إن أراد أن يؤخر برأس المال فإن كان المسلم مجمعا على فساده وحكم الحاكم بفسخه جاز، فإن قررا ذلك بينهما، و أشهدا به فعلى القاعدة.

قوله: «كفعل حاكم» هو حال من ضمير فعل، أو يتعلق بفعل.

وقوله: «كحكم قررا» هو خبر ما.

من وهل يعد راجعا من خيرا
كمشتر وغاضب ومن سرق ومسلم وعيب حلى استحق

شي أي من خير بين شيئين فاختر أحدهما هل يعد كالمنتقل أو لا؟ وكأنه ما اختار قط غير ذلك الشيء.

وعليه من اشترى على اللزوم ثمر نخلة يختارها من نخلات و من غصب جارية ثم اشترها و هي غائبة، فإن قلنا بالأول فلا تشتري إلا بما تشتري به قيمتها، وهو قول أشهب.

و إن قلنا بالثاني لم تراع القيمة، و هو ظاهر الكتاب و من سرق شاه فذبحها فوجبت على السارق قيمتها لربها فإنه لا يجوز لربها أخذ شاه حية عن هذه القيمة، لأنه لما قدر على أخذ اللحم فعدل عنه إلى أخذ الشاة صار كبيع لحم بحيوان من جنسه، بناء على الانتقال، و أن حق المغصوب منه متعلق بعين ما

أتلفه الغاصب، و لو بنينا على عدم الانتقال وفرضنا أن حقه ساقط في العين، و إنما وجبت له القيمة لم يمنع.

و من أسلم على أختين و لم يطأهما فاختر إحداهما، فإن كان كالمنتقل لزمه نصف صداق الأخرى، لأنه كالمطلق، و إلا لم يلزمه شيء.

و من أسلم على عشر لم يكن بنى بكل واحدة منهن فاختر أربعا هل للبواقي نصف الصداق أم لا؟ وهذان الفرعان يشملهما قول المؤلف: «مسلم» و من غصب حليا فتعيب عنده و اختار المغصوب منه القيمة في جواز المصارفة عليهما قولان، فعلى الانتقال، لا يجوز صرف واحد منهما، و على أن لا فيجوز و هو المشهور.

وعليه أيضا من وكله رجل على أن يسلم له في طعام أو غيره فوكل غيره على ذلك فإنه لا يلزم الموكل ما فعله الوكيل الثاني لكونه لم يلتزم ما عقد عليه إلا إذا فعله من أذن له فيه، و هو لم يأذن لو وكيل الوكيل، فإذا قلنا للموكل الخيار في نقض ما فعله الوكيل الثاني فله النقض، والإجازة إن شعر به قبل دفع رأس المال أو بعد دفعه، و لم يغب عليه من هو في يديه ممن أسلم إليه، و لو لم يشعر به إلا بعد أن غاب عليه المسلم إليه فهل للموكل الإجازة أم لا؟ منع ذلك في الكتاب وراه كفسخ دين في دين، وقيل: يجوز والقولان على الأصل و القاعدة.

قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: اختلفوا فيمن خير بين شيئين فاختر أحدهما هل يعد كأنه ينتقل أو كأنه ما اختار قط غير ذلك الشيء؟ فإذا أسلم على أختين و لم يطأهما فاختر إحداهما فإن كان كالمنتقل لزمه نصف

صداق الأخرى، لأنه كالمطلق، وإلا لم يلزمه شيء، وإذا غصب جارية ثم اشتراها وهي غائبة، فإن قلنا بالأول فلا تشتري إلا بما تشتري به قيمتها وهو قول أشهب، وإن قلنا بالثاني لم تراعى القيمة وهو ظاهر الكتاب.

قال ابن عطية: ﴿ أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى ﴾ قيل الشراء هنا استعارة و تشبيه لما تركوا الهدى وهو معرض لهم، وقعوا بذلك في الضلالة واختاروها شبهوا بمن اشتري، فكأنهم دفعوا في الضلالة هديهم إذ كان لهم لإخذه، وبهذا المعنى تعلق مالك في منع أن يشتري الرجل على أن يتخير في كل ما تختلف أحاد جنسه، ولا يجوز فيه التفاضل انتهى.

قوله: «أستحق» هو وصف لخلي، أي استحقه ربه وهو المغصوب منه.

هي وفي انعقاد البيع بالخيار قولان فالصرف عليه جار

وشبهه أبا.....

شي أي بيع الخيار هل هو منحل أو منبرم؟ فعلى الأول يصح الخيار في النكاح والصرف إذ لا عقد يخاف من جريان الأحكام فيه.

وعلى الثاني فلا، إذ لا تجرى فيه أحكام النكاح من الموارثة ونحوها، ويكون متراخيا في الصرف.

و عليه إذا اشترى أباه بالخيار له هل يعتق عليه، وهو قول أصبغ، وابن حبيب عمن رضى أو لا؟ وهو مذهب المدونة قولان.

وعليه أيضا لو باع المسلم عبده الكافر من كافر على أن الخيار للبائع ثم أسلم العبد في مدة الخيار هل للمسلم إمضاء البيع أو لا؟ قولان، بناء على أنه منبرم فيجوز أو منحل فلا يجوز، لأنه كابتداء بيع.

وبخط المؤلف في طرة على الأم: وعليه مسلم باع عبده الكافر من كافر بخيار فأسلم العبد في أيامه، والخيار للبائع هل له إمضاؤه، واتفق على أن له غلته، ومنه ضمانه، وعليه نفقته وفطرته ولا شفعة إلا بعد مضيه انتهى وفيه تنبيه إيضاح المسالك الذي سيذكر بالقرب الإشارة إلى هذا.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: اختلف المالكية في عقود الخيار أهي منحلة حتى تنعقد وإنما ملك من ملكه الخيار ربط العقد فيصح في النكاح و الصرف إذ لا عقد يخاف من جريان الأحكام فيه أو تراخي القبض، أو منعقدة حتى تنحل وإنما ملك من هو له نقضه فلا يصح فيهما إذ لا يجري فيه أحكام النكاح من الموارثة ويكون متراخيا.

وقال أيضا قاعدة: إذا مضى الخيار فهل يكون كأنه لم يزل ماضيا أو يعد كابتداء الإمضاء؟ اختلف المالكية في ذلك، و عليهما إذا باع خلخالين بعين و تفرقا ثم استحقا فهل للمستحق الإمضاء أو لا؟ إن قلنا بالأول كان له الإمضاء، وإن قلنا بالثاني لم يكن له وهكذا يجري الأمر في اشتراط حضور الخلخالين.

قال ابن محرز: إن كانت الإجازة كابتداء بيع اشترط رضی المشتري، وإن كانت تتميما لما تقدم لم يشترط حضور الخلخالين فالمسألة معترضة.

قال ابن بشير: العذر عن حضور الخلخالين عند الإمضاء كالاتداء، و عن عدم اشتراط رضی المشتري عد المصرف كالوكيل على الصرف، ولا مضرة على المشتري في الإمضاء لدخوله على ذلك.

قلت: هذه قاعدة عامة أعنى الإجازة و الإمضاء هل هما تنفيذ، أو ابتداء؟ كالإجازة الورثة وصية الوارث، أو الزائد على الثلث، قيل: تنفيذ فلا يفتقر إلى قبض.

وقيل: ابتداء عطية فيفتقر إلى القبض قبل الحجر انتهى.

قال في إيضاح المسالك: تنبيه: اتفقوا على أن ما أحدث في أيام الخيار من غلة كلبن وبيض وثمر ونحو ذلك للبائع، كما اتفقوا على أن الضمان منه، والنفقة وصدقة الفطر و كذلك اتفقوا على أن لا شفعة في الخيار إلا بعد الإمضاء ابن عبد السلام: ولا فرق على المذهب في الخيار بين أن يكون للبائع أو للمشتري أو أجنبي، وخالف جماعة إذا كان الخيار لغير البائع.

ص وهل حكميه كهو خلاف قد نقل

في العبد والمحجور كالخلخال لكن لهم فيه كلام عال

شي أي الخيار الحكمي هل هو كالشرطي أم لا؟ وعليه العبد والمحجور يتزوجان بغير إذن الحاجر ثم يجيز.

ومسألة الصرف في الخلخالين يباعان بعين ثم يستحقان، للمستحق إمضاء البيع مالم يفترق المتبايعان وقال أشهب: القياس الفسخ، وإن تفرقا فللمستحق

الإمضاء إن قلنا بانبرام عقد الخيار، و إن قلنا بانحلاله لم يكن له الإمضاء، وهكذا يجب الأمر في اشتراط حضور الخلخالين.

قال ابن محرز: إن كانت الإجازة كابتداء بيع اشتراط رضى المشتري، وإن كان ذلك تميمًا لما تقدم لم يشترط حضور الخلخالين، فالمسألة معترضة.

قال ابن بشير: العذر عن حضور الخلخالين عند الإمضاء كالابتداء، و عن عدم رضى المشتري عد الصرف كالوكيل على الصرف، إذ لا مضرة على المشتري في الإمضاء لدخوله على ذلك.

قال في إيضاح المسالك أثر هذا الكلام: تنبيه: ناقض اللخمى، والمازري، و أبو الطاهر قول أشهب في مسألة الخلخالين بقوله: في العبد يتزوج حرة يغير إذن سيده والمحجور بغير إذن وليه، ويدخل بها ثم توجد تزنى أن رجمها موقوف على إجازة السيد أو الولي للنكاح، فإن أجازته كانت محصنة و رجمت، وإن لم يجزه لم ترجم وحدث حد البكر، وأجاب الشيخ أبو الطاهر عن أشهب بما معناه: أن المناجزة المطلوبة في باب الصرف أضيق منها في باب النكاح فلذا جعل الخيار الحكمى في الصرف كالشرطى لضيقه بخلاف النكاح.

وأجاب الشيخ الفقيه القاضى العلامة المحصل الأدرى أبو عبد الله محمد بن محمد ابن عقاب الجذامى التونسى - رحمه الله ورضى عنه وأرضاه - ومن خطه نقلت: لما سأله الجواب عن المناقضة المذكورة، وعن عدة مسائل شيخ شيوخنا الفقيه المحصل الحافظ أبو الربيع، سليمان بن الحسن البوزيدى

تغمده الله برضوانه بأن إجازة السيد نكاح العبد من باب رفع المانع لحصول المقتضي وهو أركان النكاح بجملتها، وإنما بقي إذن السيد وعدم إذنه مانع، وأما إجازة المستحق فهو من باب عدم المقتضي لأن أحد العاقدين - وهو المالك للخلخالين - مفقود من العقد الأول، والعاقد غير المالك فلم تكمل أركان البيع، فهو من باب عدم المقتضي، وقد علمت أن وجود المانع مع قيام المقتضي أخف من فقدان المقتضي فلذلك ضعف الخيار في الأول، فلم يتنزل منزلة الشرطي والله اعلم.

قال مؤلف إيضاح المسالك: وهو الفقيه المحصل أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي - رحمه الله - : وجرى بينى وبين من نحى منحى ابن بشير في الجواب من أعيان الفقهاء نزاع كبير، وبحث أثير يضيق هذا الملخص عن حمل شروطه وضم منشوره، ولعله يأتي في غير هذا التقييد إن شاء الله تعالى انتهى.

قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: اختلفوا في كون الخيار الحكمي كالشرطي أو لا؟ فإذا كان في النكاح خيار بسبب سابق على العقد فالمشهور أنه يفسخ بطلاق بناء على النفي، أو على أن الخيار منعقد، والشاذ بغير طلاق بناء على أنه منحل والمشهور أن للسيد إمضاء نكاح العبد عليهما أيضا، وقيل، لا، لأنه منحل بخلاف الأمة على المشهور، لحق الله عز وجل، ومن ثم قيل، إن ولت غيرها فله الإجازة ومن هذا الأصل مسألة الصرف في الخلخالين يباعان بعين ثم يستحقان أن للمستحق إمضاء البيع ما لم يفترق المتبايعان.

وقال أشهب: القياس الفسخ.

ص هل نقض بيع فاسد من رده أم أصله عليه فطر عبده

ش أي رد البيع الفاسد هل هو نقض له من أصله أو من حين رده؟ وعليه فطر العبد يمضي عليه يوم الفطر عند المشتري أهى منه أم من البائع، وفروعه كثيرة وتقدير المؤلف هل نقض بيع حاصل من حين رده أم من أصله.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: إختلف المالكية في رد البيع الفاسد هل هو نقض له من أصله أو من حين الرد؟ وعليه فطرة العبد يمضي عليه يوم الفطر عند المشتري أهى منه أم من البائع، وفروعه كثيرة.

ص هل قبض أول الذي تتصل أجزاءه حكما ككل ينقل في دفع كالمسكنى وما تأخرا وموَجِر نفسا سنين وقبض ستين أجرة ولم يف الغرض وشهروا المنع.....

ش قبض الأوائل هل هو قبض الأواخر أم لا؟ وقد يعبر عنها بقبض أول متصل الأجزاء هل هو قبض لجميعه أو لا؟ وعليه لو مات المكتري قبل حلول أجل الكراء هل يحل الكراء بموته قبل استيفاء السكنى أو لا؟ إلا انه يلزم على طرده أن المكتري إذا شرع في السكنى أو الركوب أن يجب عليه نقد الكراء على قول أشهب، إن لم يكن عرف ولا شرط، ولا نعلم من يقوله ومن أخذ من دينه ما تأخر جزاءه من الثمار و البقول، أو دابة يركبها إلى موضع ما، أو عبدا يخدمه إلى أجل ما، أو دارا يسكنها إلى أجل، قال ابن القاسم: وهو المشهور بالمنع.

وقال أشهب: وهو المنصور، واختيار ابن الموازي بالجواز.

وقال به ابن القاسم: مرة، واختلف فيه قول مالك.

وعليه من اكرى دابة مضمونة وشرع في ركوبها جاز تأخير النقد على القول بأن قبض الأوائل قبض للأواخر، وعلى أن لا فلا، لأنه ابتداء دين وكذلك إن هلكت المعينة في بعض الطريق، واتفقا على دابة أخرى، وقد انتقد الكراء لم يجز عند ابن القاسم، لأنه دين في دين، إذ بقية الكراء صار ديناً على رب الدابة فلا يصح أن يدفع فيه كراء دابة أخرى، وجاز عند أشهب وإن لم ينتقد جاز باتفاق إذا علمنا ما يخص ما بقي من المسافة.

وعليه من أجر نفسه لثلاث سنين بستين ديناراً فقبضها، ومر لها حول هل يزكي الستين كلها بمضي حول واحد، لأن بقية الثلاث كالمقبوض أو لا؟ قال في إيضاح المسالك تنبيهان: الأول: قول ابن القاسم: بالمنع في هذه - يعني مسألة هلاك الدابة المعينة - في بعض الطريق واتفقا على دابة أخرى، وقد انتقد الكراء، مقيد بما إذا لم يكن في مفازة، وأما إن كان فيها أو في محل لا يجد الكراء فيه فإنه يجوز للضرورة.

قال ابن حبيب: كما يجوز للمضطر أكل الميتة، أنظر رسم السلم من سماع عيسى من كتاب جامع البيوع.

الثاني: كان الشيخ أبو محمد عبد الحميد الصائغ - رحمه الله - يشير إلى التردد في إجراء من اكرى داراً مدة معلومة من مشتريها فأتى مستحق

فاستحقها بعد أن قضى بعض مدة الكراء على هذا الأصل، في كراء ما بقي من المدة، هل يكون للمشتري المكتري المستحق من يده أو للمستحق لأجل أنه إذا أكرى المشتري الدار وانتقد الكراء وهي مأمونة صارت بقية السنة كالمقبوض كما قالوا في أرض النيل إذا رويت أن المنافع كالمقبوضة وإذا كانت بقية السنة في الدار المأمونة كالمقبوض منافعها صار ذلك كما لو أتى المستحق وقد انقضت جميع السنة.

قال الإمام أبو عبد الله المازري - رحمه الله - وهذا الذي تردد فيه بعيد كما تقتضيه جميع روايات المذهب في أحكام الاستحقاق، لأن ذلك إنما يتصور فيه قبض ما لم يوجد في أحكام آخر، مثل لو أكرى داره لخمس سنين بخمسين ديناراً هل يزكي الخمسين إذا مضى حول واحد، لأن بقية الخمس سنين كالمقبوض، ولا خلاف أن السنين كلها لو انقضت لوجب زكاة الخمسين ديناراً، أو يقال لا يلزمه زكاة الخمسين ديناراً، لجواز أن تنهدم الدار فيجب رد بعض ما انتقد من الكراء، ففي مثل هذا يحسن الخلاف فيما بين المكتري والمكري، وأما المستحق فلم يختلف فيه أنه من يوم الاستحقاق ملك المنافع التي توجد فيها بعد، وإذا لم يختلف في ملكه لها لم يختلف في استحقاقه لما قابلها من النقد والكراء.

قال القاضي أبو عبد الله المقري - أثناء كلامه على قاعدة في الهبة - : ومن يعتبر القبض في لزوم الهبة قد يعتبر قاعدة، وهي: قبض أول متصل الأجزاء وهل هو قبض لجميعه أو لا؟ وعليها اختلاف المالكية في فسخ الدين في الكراء

ونحوه .

قوله: «ككل» هو خبر قبض، قوله «في دفع» متعلق بينقل، وكالسكنى على تقدير مضاف، أي ينقل هذا الأصل في دفع كراء مثل السكنى معجلا بموت المكتري، ولو قال: نقد بدل دفع لكان أحسن.

قوله «أجره» هو بدل من ستين، أي ومؤجر نفسه لثلاث سنين بستين ديناراً أو بعضها ومر عليه الحول ولم يوف الغرض، وهو العمل ثلاث سنين.

قوله: «وشهروا المنع» أي في الفروع السابقة.

وقول ابن القاسم: بناء على أن قبض الأوائل ليس كقبض الأواخر، ويدخل في المنع وجوب الزكاة في الفرع السابق، وفي طرة بخط المؤلف على قوله: «وشهروا المنع» هو قول ابن القاسم ونصروا الجواز وهو قول اشهب وإختيار ابن المواز، وقال به ابن القاسم أيضاً واختلف فيه قول مالك، انتهى وهذا نص إيضاح المسالك السابق.

صوهـل يقضي لذى الموزون إن صنع حصل
فيه بقية بيع وتلف في غزل أو حلى أبيع وعرف

ش أي الموزون إذا دخلته صنعة هل يقضى فيه بالمثل أو بالقيمة؟
اختلفوا فيه وهي من تعارض حكم المادة والصورة المباحة.

فمالك، والشافعي يقدمان الصورة، فيجعلانه كالعروض، والحنفية وبعض المالكية يقدمان المادة فيجعلانه كالتمر.

وعليه إذا بيع الحلبي أو الغزل بيعا فاسدا فقد اختلفت المالكية هل تفوته الحوالة أم لا؟ كالمثلي وكذلك إذا استهلك هل يقتضى فيه بالمثل أو بالقيمة على هذه القاعدة وكذلك إذا استحق وكان ثمننا هل يفسخ البيع أم لا؟ وهذا كله في الصورة المباحة، وأما الممنوعة فقد مر أن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا.

قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: اختلفت المالكية فيما دخلته الصنعة من بعض الموزون هل يقضى فيه بالمثل أو بالقيمة وهي من تعارض حكم المادة والصورة.

وقال أيضا: قاعدة: إذا تقابل حكم المادة والصورة المباحة كالحلي فمالك، ومحمد يقدمان الصورة، فيجعلانه كالعروض، والنعمان: المادة فيجعله كالتمر، وإذا بيع بيعا فاسدا فقد اختلفت المالكية هل تفوته الحوالة أم لا؟ كالمثلي، وإذا استهلك فقد اختلفوا أيضا هل يقضى فيه بالمثل أو القيمة على هذه القاعدة.

أما الممنوعة فقد مر أن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا.

قوله: «بيع وتلف في الغزل أو حلي أبيح» أي هل يقضى بالقيمة في بيع الغزل أو الحلبي المباح وفي تلفها أي في بيعها بيعا فاسدا أو في إتلافهما.

قوله: «وعرف» أي عرف الشرع ولم ينكر، وهو تأكيده.

قوله: «أبيع» وغير المباح كأواني الذهب والفضة.

من	هل نقض أو بيع إقالة بلا	زيد ونقض وعليه نقلا
	إقالة في بيع ما زهي وقد	يبس كالعهددة والفرق أسد
	نقض بطعم شفعة مرابحه	في غيرها بيع

شيء أي الإقالة هل هي حل للبيع أو ابتداء بيع ثان؟ وعليه لو باع ثمر بعد زهوه ثم أقال منه بعد يبسه فإن كانت حلا جاز، لأنه على عين الشيء، وليس من بيع الطعام واقتضاء غيره، وإن كانت ابتداء امتنع، لأنه كاقضاء طعام ثان من ثمن طعام، فلو فلس المشتري لجاز أخذ اليابس إنفاقا لبعده التهمة.

وعليه أيضا ثبوت العهددة وعدمها، فعلى أنه كابتداء بيع فالعهددة، وعلى أن لا فلا ولم يرتض الإمام أبو عبد الله المازري - رحمه الله - القول بوجوب العهددة في الإقالة على القول بأنها كابتداء بيع معتلا بأن هذا بيع قصد فيه إلى المعروف فلم يلحق بالعقود المقصود فيها المعاوضة على جهة المكايسة.

وإلى هذا أشار المؤلف بقوله: «والفرق أسد» أي الفرق بين الإقالة وبين البيع على القول بأنها بيع في العهددة أسد وأقوم.

وعليه أيضا جوازها في ذي الطبل والوضيف وبالمنع قال ابن العطار، وابن زرب، وبالجواز قال ابن سعيد الهندي.

قال صاحب التوضيح: فائدة: الإقالة عندنا بيع من البيوع إلا في الثلاث

مسائل الإقالة من المراجعة، والإقالة في الطعام، والإقالة في الشفعة.

وإلى هذا أشار المؤلف بقوله: «نقض بطعم شفعة مراجعة في غيرها بيع» أي هي نقض في الطعام، والشفعة، والمراجعة، وهي في غيرها بيع.

والإقالة في الطعام أن يتقابل المتبايعان فيه قبل أن يقبضه المشتري، على مثل ثمن الأول، فإن ذلك جائز ولا تعد الإقالة بيعاً، لامتناع بيع الطعام قبل قبضه، وأما بزيادة أو نقض فلا تجوز الإقالة، إلا بعد أن يقبضه المبتاع.

والإقالة في المراجعة هي أن يكون بائع الشيء على المراجعة كأن باعه أولاً بعشرة مثلاً ثم أقاله المشتري من البائع على مثل الثمن الأول فلا يجوز له أن يبيعه مراجعة على أن رأس ماله فيه عشرة حتى يبين، لأن ذلك مما تكرهه النفوس، ولو عدت الإقالة بيعاً لجاز.

خليل: والظاهر أن وجوب التبيين على قول من رأى أن الإقالة حل بيع أو ابتداء بيع لما ذكرنا من كراهة النفوس انتهى.

فإن كانت الإقالة بزيادة أو نقص فهي بيع حقيقة فله البيع مراجعة على ما تقابلا عليه من غير بيان.

والإقالة في الشفعة هي: بالنسبة إلى العهدة، وذلك أن عهدة الشفيع على المشتري فلو تقابل المتبايعان قبل أخذ الشفيع فذلك لا يسقط الشفعة.

وعهدة الشفيع على خصوص المشتري على مذهب المدونة كما لو أخذ من

يده قبل التقايل .

وأما على القول بأن المشتري يخير في أن يجعل عهده على البائع، أو على المشتري لكون البائع صار مشتريا بالإقالة فالإقالة عليه بيع كما لو تقايلا بزيادة أو نقصان، وقد ظهرت فائدة قول المؤلف: «بلا زيد ونقص» إذ الخلاف إنما هو في ذلك، وأما بزيادة أو نقص فلا خلاف أنها بيع .

قوله: «وعليه نقلا إقالة في بيع ما زها» - البيت - أي وعلى هذا الأصل نقل خلاف إقالة، أي الخلاف في ذلك .

ابن القوطية: زها الثمر وأزهي اذا بدت عليه حمرة أو صفرة .

قوله: «نقض بطعم» - إلى آخره - أي هي نقض في الطعم، وشفعة، ومرابحة وبيع في غيرها .

وهذا قول ثالث، بالتفصيل، وهو المعتمد المشهور، ولفظ المؤلف في مختصر المنهج: وهل إقالة كبيع أو لا؟ وقيل بالتفصيل وهو الأولى .

سوى طعام شفعة مرابحة وغيرها بيع

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: اختلفوا في كون الإقالة حلا للبيع الأول، أو ابتداء لبيع ثان؟ ومما بنى عليه أن يبيع ثمرا بعد زهوه ثم يقبل منه بعد يبسه، فإن كانت حلا جاز، لأنه على غير الشيء وليس من بيع الطعام واقتضاء غيره، وإن كانت ابتداء امتنع، لأنه كاقضاء طعام ثان من ثمن طعام،

فلو فلس المشتري لجاز أخذ اليابس اتفاقا لبعده التهمة .

.....
وهل مسامحه
في ثمن ثوبا ومن حق وضع	في مخطئ في ماله كمن دفع
وكمثيب فوتها قد شرطا	ومشتر لغيره و غلطا
ومطلقا في بيع ربح نام	وبالرجوع أحكم مع القيام
.....	كذاك ما أشبهها.....

قال أبو عمران الصنهاجي في النظائر، مسائل الغلط فإنه يرجع بما غلط في قيامه دون فواته، من ذلك، من أتاب من صدقة ظنا منه أنها تلزمه وكذلك من اقترض من طعام الحرب فظنه يلزمه قضاؤه، فقضاه جهلا منه .

ومن اشترى لرجل جارية بمائة وخمسين دينارا، وقال: قامت علي بمائة، ثم ظهر غلظه، فإنه يرجع في ذلك كله في قيامه دون فواته .

ومن باع جارية مرابحة للعشرة أحد عشر فقال: قامت علي بمائة ثم ظهر أنها قامت عليه بأكثر من ذلك، فذكرها هنا أنه يرجع في قيامها وفي فواتها ومن اشترى ثوبا بعشرة فأخطأ، فدفع ثوبا يساوي أكثر من ذلك، فإنه يرجع في القيام دون الفوات، فيصير فيمن غلط على ماله قولان، في فوات ذلك هل يرجع أو لا يرجع وقول واحد إذا كان قائما انتهى .

قال القراني في الذخيرة: نظائر قال العبد: يرجع الإنسان في ماله حالة قيامه دون فواته إذا غلط في أربع مسائل: من أتاب من صدقة ظنا منه أنه يلزمه، والأخذ من طعام الحرب، ثم يردده، والمشتري لرجل جارية فيقول قامت علي بدون ما قامت، ثم يظهر له الغلط، والبائع ثوبا بعشرة فيعطي أعلى منه في القيمة غلط .

واختلف في بائع الجارية مرابحة للعشرة أحد عشر، وقال: قامت علي بكذا ثم يظهر أنه أكثر، فقيل: يرجع في الحالين هاهنا انتهى.

وفي المتيطية: وروي عن مالك في الرجل يشهد لابنه بحق فيدفع المشهود عليه الحق بشهادته بغير حكم، وفي الرجل يقوم له شاهد واحد فيدفع المشهود عليه الحق بشهادته خاصة، وفي الرجل يطلق امرأته، - يريد طلاقاً بائناً - فتدعي عليه حملاً، وهو غير ظاهر فينق عليها ثم ينفش الحمل، أن ذلك كله أصل واحد لا رجوع لواحد منهم ولو شاءوا لتبينوا انتهى.

ابن الماجشون: في اليهودي يشهد المسلمون أنه رضى بشهادة اليهود فيحكم عليه حكاهم، ثم يرجع عن الرضا بهم فذلك له.

ابن القاسم، ولو رضى المسلم بشهادة المسخوطين فيما بينهم لزم، وليس لمن رضى بذلك رجوع عنه كما لو رضى بغير شهادة ولو رفعاً ذلك إلى الحاكم لم يحكم بينهما بشهادتهما.

قوله: «وهل مسامحة في مخطئ في ماله» أي هل للمسامحة ثابتة في المخطئ في ماله بأن يرد عليه ماله، ولا يؤخذ بالخطأ أم لا مسامحة فيلزم بما دفع خطأ؟ ولا يرد عليه ويقال أيضاً: من سلط على ماله خطأ هل له الرجوع أم لا؟ ومن دفع شيئاً يظن أنه يلزمه، ولا يلزمه هل له الرجوع أم لا؟ وفي طرة بخط المؤلف: المخطئ في مال نفسه هل يعذر بخطئه أم لا؟ قوله: كمن دفع في ثمن ثوبا ومن حق وضع «إشارة إلى قول أبي عمران: ومن اشترى ثوبا بعشرة فأخطأ فدفع ثوبا يساوي أكثر من ذلك».

قوله: «كشتر لغيره و غلط» إشارة إلى قول أبي عمران: ومن اشترى لرجل جارية المسألة.

قوله: «وكمشت» إشارة إلى قول أبي عمران: من ذلك من أتاب من صدقة ظنا منه أنها تلزمه، وفي معناها مسألة القرض التي بعدها.

قوله: «فوتها قد شرطا» أي الفوت في الصور الثلاث قد شرط في عدم الرجوع أو في ثبوت الخلاف.

قوله: «وبالرجوع أحكم مع القيام» أي في الصور الثلاث، وقد مر هذا من كلام أبي عمران.

قوله: «ومطلقا في بيع ربح قام» أي واحكم بالرجوع مع الفوات، والقيام في بيع المربحة، وهذا مراده بالطلاق، وأشار إلى قول أبي عمران: ومن باع جارية مربحة للعشرة أحد عشر المسألة.

قوله: «كذلك ما أشبهها» يدخل فيه مسألة الاقتراض ونحوها.

من هل عوض على ذوي علم وجهل يضر
كالصلح، والخلع وكمن معترضا ما لابن شاس وقراف معرضا

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: إذا قابل العوض الواحد محصور المقدار وغير محصوره فهل يفض عليهما أو يكون للمعلوم، وما فضل للمجهول وإلا وقع مجانا؟ كمن صالح عن موضحتي عمد وخطأ.

قال ابن القاسم: بينهما.

وقال ابن نافع: للخطأ.

وكمن خالغ عن أبق وزيد ألفا فعلى الأول ترد الألف ويرد نصف العبد، وعلى الثاني، ترد الألف ويرد ما في مقابلتها من العبد، والزائد إن كان له بالخلع، وإلا كان كمن خلع مجاناً، ونص ابن شاس في هذه المسألة.

وأما على مقتضى قول ابن القاسم، في القسمة المأخوذ بين الموضحتين فيكون نصف العبد هنا في مقابلة نصف الألف - إلى آخر ما قال - والصواب حذف نصف من الموضعين كما جود اختصاره ابن الحاجب، والعجب أن القرافي مر على ما في الجواهر ولم ينتبه إليه، بابن الحاجب ولا بمن قبلهما كاللخمي، وابن بشير، وهو دليل على أنه ربما نقل ما لا تأمل، وعلى هذا الأصل قول ابن الماجشون: في النكاح والبيع يجعل الثمن للسلعة، فإن بقي ربع دينار صح النكاح عند قوم انتهى.

قال في إيضاح المسالك: ورأيت له - يعني للمقري رحمه الله - على هذا الموضع من قول ابن الحاجب: ردت الزيادة ما نصه: يعني جملة الألف وفي الجواهر: نصف الألف ولا معنى له على القولين جميعاً، وما أرى لفظة النصف إلا زلة وقعت له، فتبتت، إذ حكاية اللخمي، وابن بشير موافقة لحكاية المؤلف.

والله دره حيث لم تز النقول بعقله، أين هو من القرافي حيث قلد الجواهر فنقلها على حسب ما وجدها، ولم يتفطن لها.

قوله: «كالصلح» أي من موضعي عمد، وخطأ بشقص فإن الشريك يشفع

بنصف عشر الدية، وقيمة نصف الشقص عوض قابل معلوما، وهو موضحة الخطأ ومجهولا، وهو موضحة العمدة، إذا الواجب القصاص إلا أن يصطلحا على ما شاء فيفض الشقص عليهما بالسواء على قول ابن نافع بدية موضحة الخطأ، وما فضل عنها من قيمة الشقص إن فضل شيء.

قوله: والخلع هي المسألة ما لو خالعتها على عبد أبق، ويزيدها ألفا، فالأبق عوض قابل معلوما وهو الألف، ومجهولا وهو العصمة وقد مر بيان القولين.

ومسألة النكاح والبيع، وهي ما لو تزوجها بعبد وتزیده ألفا.

قوله: معرضا أي عن قولهما في هذا المحل غير ملتفت إليه.

من وهل إلى صحة أو فساد يرد ذو الإبهام والترداد
كالرعي والكراء وتمرتجر حمل طعام كثياب أجر

شي أي المبهات المترددة بين الصحة والفساد هل تحمل على الصحة أو الفساد؟ وتقدير كلام المؤلف وهل يرد العقد ذو الإبهام، والتردد بين الصحة والفساد وإلى صحة، أو فساد؟ قولان، أو خلاف.

وعليها من باع سلعة بثمن على أن يتجرله بثمنها سنة، أو أجره على أن يتجرله بهذه المائة سنة، أو يرعى له غنما بعينها سنة، ولم يشترط الخلف ولا عدمه، فابن القاسم يمنع من أصله في المبهم، وابن الماجشون، وأشهب، وابن

حبيب، واصبغ، وسحنون، يجيزون، والحكم يوجب الخلف عندهم ومن
اكتري كراء مضمونا، وليس العرف التقديم أو لا شرطاه، فابن القاسم يفسده
وعبد المالك، والمدنيون، يصححونه.

ومن اشترى الثمار قبل بدو الصلاح، ولم يشترط القطع، ولا التبقية،
فظاهر المدونة الصحة، وقال العراقيون بالفساد.

ومن استتجر على حمل طعام إلى بلد كذا بنصف ولم يشترط نقده في
الحال ولا تأخير.

ومن ابتاع ثيابا وسمى لكل واحد ثمنا، ولم يشترط الرجوع عند العيب
والاستحقاق بالقيمة، ولا بالتسمية، قال ابن القاسم مرواه عن مالك وقاله
سحنون، وأصبغ: التسمية لغو والبيع صحيح.

وروى ابن القاسم أيضا، أن التسمية مراعاة والبيع فاسد.

قوله: أجر إشارة إلى قولنا أو أجره على أن يتجر المسألة.

وهل ملك ظهر الأرض للبطن شمل

أي من ملك ظاهر الأرض هل يملك باطنها أم لا؟ وهو المشهور.

وتقرير كلام المؤلف هل ملك ظهر الأرض شمل البطن منها أم لا؟ خلاف
أو يقدر بطنها على قول الكوفيين أن أُل تكون بدلا من الضمير، ولأم الجر في
للبن زائدة لتقوية عامل ضعف بالتأخير، كقوله تعالى: ﴿لرؤيا تعبرون﴾
وعليه الركاز والحجارة المدفونة، والزرع الكامن بخلاف المخلوقة فإنها تدرج

في لفظ الأرض، والزرع الظاهر فإنه لا يندرج.

وقال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: اختلف المالكية فيمن ملك ظاهر الأرض هل يملك باطنها أم لا؟ وهو المشهور، وعليه الحجارة المدفونة - إلى آخر ما ذكرنا قبل.

قال في إيضاح المسالك: تنبيه: من ملك أرضاً ملك أعلاها ما أمكن ولم يخرج عنه إلا إخراج الرواشن والأجنحة على الحيطان إلى الطريق المسلمين إذا لم تكن مفسدة الأسفل، لأن الأفنية هي الموات الذي كان قابلاً للأحياء، إنما منع الأحياء فيه لضرورة السلوك وربط الدواب، وغير ذلك، ولا ضرورة في الهوى فيبقى على حاله مباحاً في السكة النافذة انتهى.

ص معرى بمنح ملكه أم أن كمل

شي المعري هل يملك العرية بنفس العطية أو عند كمالها؟ قال القاضي أبو عبد الله: قاعدة: اختلفوا متى يملك المعري العطية أبنفس العطية أو عند كمالها؟ وعليه الخلاف فيمن عليه السقي والزكاة، والأصل كونها على ملك المعطي، إلا أن تثبت عادة فتكون على المعطي، ولهذا التفت من فرق بين أن يكون في يد المعطي أو في يد غيره.

وتقرير كلام المؤلف: هل معرى ملكه لما أعريه تمنح أي بنفس منحه، أي إعطائه أم إن كان كمل هو؟ أي ما أعريه فالمعري على هذا الشخص المعطي العرية وهو الموافق للفظ المقري.

وضمير كل عائد إلى ما أعري المقدر وهو العرية، حذف حرف الاستفهام لدلالة أم عليه، ومعري مبتدأ، وخبره الاسمية، وهي ملكه بمنح ويحتمل أن يريد بالمعري العرية فإضافة ملك للمفعول، وعلى الأول للفاعل.

وفي طرة على هذا من الأم بخط المؤلف: وهو استئناف قاعدة، أي هو معري إلى آخره.

ص	هل حكم متبوع لتابع منح	أم حكم نفسه عليه ما يصح
	من حلية إبار استحقاق	مسائل الزكاة غرس ساق
	مؤذن أم بأجر من بذل	مهرا كفطرة وحوز وعسل
	ولبن كمال عبد اشترط	وثمره زرع ونحو ما فرط

ش أي هل حكم متبوع منح لتابع أم للتابع حكم نفسه؟ ويقال: الأتباع هل يعطى لها حكم متبوعاتها، أو حكم نفسها؟ وعليه بيع المصحف، والخاتم والثوب الذي لو سبك، خرج منه عين، والسيف المحلى إذا كانت حلية الجميع تبعاً فإنه جائز بصنف التبع نقداً على المشهور، خلافاً لابن عبد الحكم، وممتنع به نسيئة خلافاً لسحنون، وقيل: يستحب فيه النقد، ويمضي التأجيل بالعقد.

وبيع الحلبي المتبوع بصنف التابع، وفيه عن مالك روايتان واستعمال الذهب في خاتم الرجال، وهذا كله يشمل، قول المؤلف: حلية وما أبر بعضه من الثمار وإذا استحق الأكثر أو وجد به عيب رد الجميع وإن كان بالأقل فليس له رد ما لم يستحق، وما ليس فيه عيب.

وإذا اجتمع الضأن والمعز فإن الزكاة من أكثرهما عند سحنون، ولابن القاسم تفصيل والشاة في الشنق من جل غنم البلد والحلي المنظوم بالجواهر وما يسقى من الزرع، والشمار بالوجهين وتفاوتا.

والمالان أحدهما مدار ولآخر غير مدار، وهما غير متساويين وهذه الفروع الخمسة يشملها قول المؤلف: مسائل الزكاة.

وإذا تبت أكثر الغرس، أو أقله فلأقل حكم الأكثر، وإن ثبت أكثره فللغرس فيما ثبت وفيما لم يثبت، وإن ثبت أقله فلا شيء للغرس في الجميع. وقيل: له سهمه في الثابت وإن قل.

وإذا أطعم بعض الغرس فإن كان أكثره سقط عنه العمل، وإلا فلا، وله ما أطعم دون رب الأرض، وقيل، بينهما وهذان الفرعان يشملهما غرس وبياض المساقاة مع السواد وإذا جد المساقى بعض الحائط فإن أكثره فلا سقى عليه إلا فعليه وإن كان في الحائط أنواع مختلفة حل بيع بعضها، وهو الأقل جازت مساقاته جميعها، وإن كثر لم تجز فيه وهذه الثلاثة يشملها قول المؤلف ساقى إسم فاعل من السقي، والمراد به المساقى بفتح القاف، والأجرة مع الإمامة تمنع مفردة وتجوز مع الأذان، في المشهور مذهب مالك.

ومن بذل صداقا ظانا أن للمرأة مالا فانكشف الغيب بخلافه، فإن قلنا بالأول فله الفسخ لفوات مقصود عين الانتفاع، وإن قلنا بالثاني أمكن أن يقال: لا قسط لها من الثمن فيسقط مقابله، أو لها قسط، فيحط عنه بنحو ما فاته من المقصود، قياسا على الاستحقاق في البياعات.

وإن كان المستحق تبعا فلا يفسخ العقد في الجميع، وفيه خلاف والفطرة والكفارة من جل عيش البلد وإذا حبس أو تصدق على الأصغر من أولاده فإن حاز الأكثر صح الجميع، وإن حاز الأقل بطل الجميع، وإن حاز النصف صح ما حيز وبطل ما لم يحز، ويجوز العسل بالنحل إذ لا عسل في النحل وبيع الشاة فيها لبن بلبن إلى أجل، والمختار إن تأخر اللبن فهو مزينة، بخلاف إذا تقدم.

ومنها: اشتراط خلفه الفصيل والثمرة، والزرع، ومال العبد والخنثى إذا بال من المحليين هل ينظر إلى الأكثر فيحكم له به أو لا؟ أجراه ابن يونس على هذا الأصل.

وإذا كان بعض العاقلة بالبادية، وبعضها بالحاضرة، فإنه يضاف الأقل منها إلى الأكثر عند عبد الملك وأشهب فبعض هذه المسائل تجوز تابعة تغليبها لحكم المتبوع، ولا تجوز مستقلة، وهي أيضا من قاعدة الأقل يتبع الأكثر، وسنذكر كلام المقرئ في القاعدة التي تلي هذه.

وهل له قسط من الحق فضي	رهن غمامة و حلية قضي
ومال عبد خلفه زرع ثمر	دالية وشبهها من الصور
بما استحق أو أجيح والغرر	والعيب، والعطلة معناه ظهر

ش أي التابع هل له قسط من الثمن أم لا؟ وعليه الرهن والحميل وحلية المصحف، والخاتم والسيف، واشتراط الثمرة والزرع ومال العبد، والدالية والسدرة وخلفة القصيل، وامامة مع الأذان وتظهر الثمرة في الغرر، والاستحقاق، والعيب والجائحة، والعطلة.

قوله: «وهل» أي للتابع.

قوله: «من الحق» أي من الثمن.

قوله: «ففي رهن» متعلق بقفى، أي تبع الأصل في رهن وما بعده.

قوله: «بما استحق» الباء ظرفية، وهو متعلق بظهر، أي معنى هذا الأصل ظهر فيما استحق، وما عطف عليه، أي ظهرت فائدته فيما ذكر، أو سببه، والمراد تبعية مال العبد لحكم العبد، أن يشتري العبد مع ماله بما لا يجوز أن يشتري به دون المال، أن لو بيع على حدة، أو سلعة أخرى، كأن يكون ماله فضة فيشتري العبد مشترطاً ماله بدراهم، أو ذهباً، فيشتري بدنانير، أو فضة، فيشتري بدنانير إلى أجل وبالعكس، أو طعاماً ربويًا فيشتري بجنس ذلك الطعام، أو مطلق طعام فيشتري بطعام إلى أجل، أو ذهب أو فضة فيشتري بأحدهما فإن ذلك كله جائز بحكم التبعية.

وخلفة القصيل جزافاً لم ير بل ليس بوجود الآن أصلاً فهو مجهول الذات والصفة، وجاز للتبعية.

والزرع قبل بدو صلاحه يشتري مع الأرض، بمعنى أن المشتري للأرض اشترطه في أباره، ودخل بلا شرط في عدمه فيجوز للتبعية وكذلك ثمر الشجرة في شراء أصلها.

والدالية في الدار تكتري ويشترط المكتري عينها، فإن ذلك يجوز إذا كان تابعا للكراء بأن تكون قيمته من الجميع الثلث فأقل، وإن كان ذلك قبل بدو

الصالح بل وقبل طلوع الثمرة في أصولها، وشبه الدالية الدرّة يشترط المكتري نبقها وكذا سائر الأشجار ويحتمل أن يعود ضمير شبهها على الصور السابقة لا على خصوص الدالية.

واستحقاق القليل لا يفسخ به البيع، ويجعل تابعا لما لم يستحق، وكأنه لم يستحق شيء أصلا باعتبار الفسخ، بخلاف الكثير وهو الجمل فإنه يفسخ كثوب من ثلاثة متساوية القيمة مثلا، أو ثوبين منها، وكذلك العيب في واحد منها، أو اثنين.

وكذا إذا أجيح من الثمار ما دون الثلث فلا رجوع للمشتري بخلاف الثلث فأكثر فيرجع بما قابله من الثمن والغرر في البيع بعضه معفو.

قال الباجي: اليسير وزاد المازري غير مقصود للحاجة إليه.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: الغرر ثلاثة أقسام: مجمع على جوازه كقطن الجبة وأساس الدار، ومجمع على منعه كالطير في الهواء، والحوث في الماء ومختلف فيه كبيع الغائب، والمقائي، والقصيل، ونحوها، مع الخلفة والأصل أن ما لا تخلو البياعات - في الغائب - عنه، ولا يتوصل إليه إلا بفساد أو مشقة، مغتفر وما سوى ذلك فممنوع انتهى، وعطلة إمام الصلاة أياما قليلة لا تحتسب عليه، ويأخذ أجره موفرا إلا حوسب.

المتيطى: ويحسب على الإمام الكثير من مرضه أو مغيبه دون القليل، وأما إن غاب الجمعة ونحوها فلا بأس بذلك ولا يسقط من أجره شيء، قاله غير واحد من القرويين.

إبن يونس: واختلف شيوخنا إذا أوجر على الأذان والصلاة فتعطل عن الصلاة لأمر عرض له هل تسقط حصته من الأجرة أم لا؟ بناء على أن الاتباع هل لها حصة من الثمن أم لا؟.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: اختلف المالكية في الاتباع هل تعطى حكم نفسها أو حكم متبوعاتها؟ كمالين أحدهما مدار والآخر غير مدار، وهنا غير متساويين وكبيع السيف المحلى إذا كانت حليته تبعا بالنسيئة، منعه في المشهور، واشترط النقد واجازه سحنون وقيل يستحب فيه النقد ويمضي التأجيل بالعقد.

وكمن بذل صداقا ظانا أن للمرأة مالا، فانكشف الغيب بخلافه، فإن قلنا، بالأول فله الفسخ لفوات مقصوده من الاتباع، وأن قلنا بالثاني أمكن أن نقول: لا قسط لها من الثمن، فيسقط مقابله أو لها قسط فيسقط عنه بقدر ما فاته من المقصود قياسا على الإستحقاق في البياعات، أن المستحق إن كان تبعا فلا يفسخ العقد في الجميع.

وفيه خلاف على قاعدة ففي هذه الفروع الثلاثة أقوال، وتقوم من هنا قاعدة الاتباع هل لهما قسط من الثمن أو لا؟ في الاستحقاق وغيره، ومن القاعدة الأولى بيع الحلبي الممزوج بصنف التابع، وفيه روايتان عن مالك، ومن الثانية: بيع السيف الذي حليته تبع بنوعها فالمشهور اشتراط النقد فيه.

وقال سحنون يجوز مؤجلا.

وقيل يستحب فيه النقد ويمضي التأجيل بالعقد.

وقال أيضا: قاعدة: اختلفوا في كون الاتباع مقصودة أو لا؟ وعليها جواز الشاة فيها لبن إلى أجل، والظاهر إن تأخر اللبن فهو مزابنة بخلاف ما إذا تقدم.

ويجوز العسل بالنحل إذ لا عسل في النحل.

وقال أيضا: قاعدة: المشهور من مذهب مالك أن الأقل يتبع الأكثر فإذا انظم الحلبي بالجواهر، وكان في نزعه فساد، فقليل يتبع الأقل الأكثر.

وقيل: لكل حكم نفسه ولهذا نظائر، وهو من باب التقديرات، لأنه يقدر الأقل كالعدم.

وقال أيضا: قاعدة اختلف المالكية في الأقل هل يعتبر في نفسه أم يتبع الأكثر وحمل ابن يونس اختلافهم في الخنثى إذا بال من المحليين هل ينظر إلى الأكثر فيحكم له به أو لا؟.

وقال أيضا: قاعدة: شرط ما هو من مصلحة العقد كالرهن، والحميل هل له قسط من الثمن أو لا؟ اختلف المالكية فيه، وعليه فساد العقد بالخطر فيهما انتهى.

وفي التوضيح: المازري: وأما إن اشترط يعني رهن الأبق أو الشارد في عقد البيع فقولان في الجواز وعدمه.

ابن رشد: والمشهور الجواز بناء على أنه لا حصة له من الثمن، أو له حصة وظاهر المذهب أن الرهن لا حصة له من الثمن.

قال في البيان: والقولان في ذلك قائمان من المدونة انتهى.

أما القول بأنه لا حصة له فمن قوله في باب الرهن فيمن وكل رجلا على بيع سلعة فباعها وأخذ بالثمن رهنا أن الخيار للموكل في قبول الرهن فلم يجعل له خيارا في رد البيع وإمضائه، ولو كان له حصة من الثمن لكان الوكيل متعديا في بيعه بأقل من ثمن المثل.

ابن عبد السلام: وأما القول بأن له حصة فمن قوله: وإن بعت منه سلعة بثمان إلى أجل على أن تأخذ منه رهنا ثقة من حقت فلم تجد عنده رهنا فلك نقض البيع وأخذ سلعتك أو تركه بلا رهن، ويقال إنما جعل لك في المدونة نقض البيع لمخالفة الشرط لا لنقض الثمن، فأنظره انتهى.

وفي المنهج الفائق أثر ذكره إنكار صاحب المناهج أخذ الشاهد الأجرة إن كان يكتب الوثيقة، ويشهد فيها بخلاف الكتب فقط، قال: الأجرة إنما هي على الكتب والشهادة تبع، والاتباع لاحظ لها في الأعواض، كما في غير مسألة من نظائرها كخلفة القصيل، والثمرة، ومال عبد، وحلية السيف، وذباب النحل بالعسل إلى أجل يحدث فيه عسلا، والنخل بالثمرة إلى أجل يكون للنخل فيه ثمر، والشاة اللبون باللبن إلى أجل والدجاجة البيوض بالبيض إلى أجل والإمامة مع الأذان، وغيرها من النظائر.

هل اليسارة بنفس تعتبر أم نسبة عليه دينار ذكر

ثلث ودرهم على الثاني نقل	في البيع مع صرف وأول قبل
جانحة خف وحمل العاقلة	وكثرة الثلث في المعاقلة
من فندق أو شبهه قاض يحق	وذنب الأضحية والذي استحق
لا ضرر لانقص وفي العيب اختلف	إن ينقسم كدار سكنى وردف
في ذنب ونزر نصف علما	في الدار كالمثلى مطلقا كما
جزء عروض مستحق فخذنا	في الشيء من أشياء مطلقا كذا
ونزر ما عين حبسه حرم	إن أمكن القسم وخير أن عدم
تبرع العرس فمن نزر الثلث	أما مسائل الوصايا والغلث
كصبرة دالية ومن ذكر	في قصدها الأذى خلاف وثمر
قي أذن أضحية تردد عرف	غبنا فمناه وبياض قد ألف
مسائل الزكاة غرس جار	كحلية والحوز والأبار
ضمن كالعرس كشين علما	تبرع المريض أو حابي وما

ش أي اليسارة معتبرة في نفسها أم تعتبر بالنسبة؟.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: الكثرة، والقلة في الماء إضافيتان عن مالك قال في لعاب الكلب، ولا بأس به في الكثير كالحوض وفي الجنب يغتسل في مثل حياض الدواب، ولم يغتسل ما به أفسده وعليه مضى صاحب المقدمات وإن كان المذهب قد اختلف في اليسارة هل هي معتبرة في نفسها أو بالنسبة كالبيع، والصرف في دينار واحد هل يشترط أم لا؟ ثم في كون التابع الثلث أو الدرهم فما دونه، ويحكون عن المدونة نفي اشتراط التبعية وهو مما تلقوه بالقبول من استقرارات التونسي، ولا أدري من أين أخذه فأنظره

انتهى .

قلت: وإلى قول المقرئ: وهو مما تلقوه، إشارة المؤلف بقوله: وأول قبل والأول هو أن اليسارة تعتبر في نفسها فيجوز اجتماع البيع والصرف في دينار سواء كان أحدهما تابعا للآخر، أو لا؟ لكون الدينار يسيرا في نفسه.

قوله: «ثلث ودرهم على الثاني نقل» الثاني هو كون اليسارة بالنسبة أي نقل على الثاني أن البيوع والصرف إنما يجوز اجتماعهما في الدينار الواحد مع كون أحدهما ثلثا فأدنى، ونقل أيضا أن اليسير الدرهم فما دونه وهو معنى قول ابن الحاجب: وقيل مع كونه كالدرهم يعجز.

قال الإمام أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: الأكمل شرطا أقوى من حكم التبعية من الأقل، فالصرف أقوى من البيع، فإذا اجتمعنا في الأكثر من دينار فإن كان الصرف أقل، وكان في الدينار فأقل جاز، وإن كان في أكثر امتنع، فإن كان البيع أقل فهل يشترط فيه أن يكون في دينار فأقل، أو يكون الثلث فأقل؟ قولان، وهما أيضا على اعتبار اليسارة في نفسها أو بالنسبة، وهذا كله مذهب مالك انتهى .

وثلث من كالم المؤلف، مبتدأ، وخبره محذوف لدلالة ما بعده، أي وثلث نقل ودرهم نقل، أو يكون نقل، المذكور خبر عن الأول، وحذف خبر الثاني قوله: «وكثرة الثلث - إلى قوله - وفي العيب اختلف» لأي الثلث كثير في هذه المسائل.

الأولى: معاقل المرأة للرجل فإنها تعاقله إلى ثلث ديته، فإذا بلغت رجعت إلى ثلث ديتها ففي ثلاث أصابع من المرأة ثلاثون، وفي أربع عشرون.

الثانية: الجائحة في الثمار، فإنه يوضع فيها عن البائع الثلث فأكثر فيرجع لما يقابله من الثمن، وما دون الثلث مصيبة منه.

الثالثة: الخف إذا انخرق فإن كان الشق ثلث القدم فأكثر لم يمسح عليه، وإن كان دون الثلث مسح إن كان متصلاً لا يظهر منه الأصل، أو يكون كالثقب الضيق لا يمكن فيه غسل ما ظهر.

والرابعة: حمل العاقلة، فإنها تحمل من جنابة الخطأ الثلث فأكثر، وما دون الثلث على الجاني وإلى هذه مع الأوليين أشار شيخ شيوخنا الإمام، أبو عبد الله بن غازي - رحمه الله - بقوله:

الثلث نزر في سوى العاقلة وفي الجوانح وحمل العاقلة

الخامسة: قطع أذن الأضحية فإنه يغتفر اليسير وهو ما دون الثلث، وفي الثلث قولان، المشهور أنه كثير.

السادسة: الدار الجامعة كالفنادق تسكنها جماعة يستحق منها جزء شائع فإن استحق منها سهم دون الثلث لزم البيع في الباقي وإن استحق الثلث فأكثر رد الباقي وإلى هذا أشار المؤلف بقوله: «والذي استحق من فندق أو شبهه» وفسره المؤلف في طرة على الأم بدار الخراج.

السابعة: على ما قال القاضي ابن رشد: وهو مراد المؤلف: بقاض والتنكير للتعظيم: دار السكنى إن كانت تنقسم دون نقص في الثمن ويصير لكل حظ حظ من الساحة وباب على حدته، فإن استحق الثلث فأكثر رد الباقي بحصته، وإن كان المستحق أقل لزم الباقي بحصته بخلاف ما إذا كانت الدار لا تقسم، أو إن في القسمة نقص في الثمن أو ضرر فله رد الجميع باستحقاق ما دون الثلث وإلى هذا أشار المؤلف بقوله: «قاضي يحق أن ينقسم كدار وردف، لا ضرر ولا نقص» أي القاضي ابن رشد: يحق كون الثلث كثيرا، أي يثبت، من حقت الشيء بمعنى أثبتته، أن ينقسم المستحق منه كدار السكنى وتبع القسم نفي الضرر والنقض وقال القاضي ابن رشد: يجب كون الثلث كثيرا أن ينقسم إلى آخر، من حق الشيء إذا ثبت ووجب، وبهذا فسر المؤلف في الطرة وهو أبين، والله أعلم.

ففاعل ردف هو معنى النفي في قوله: «لا ضرر لا نقض» أي ردف مضمن هذا الكلام.

ويحتمل أن يكون فاعل ينقسم، وهو كاف كدار، بناء على أن الكاف اسم، هذا ما ظهر لي في حل هذا الكلام والله تعالى أعلم.

وفي المختصر الشيخ ابن عرفة - وبعضه بالمعنى - : سمع ابن القاسم من مالك في الدار يستحق منها سهم أنه إن كان المستحق منها يسيرا لزم البيع في الباقي قال: قلت: العشر.

قال: ربما كان العشر يضر فيها، وربما كان لا يضر وإنما ينظر الولي بالاجتهاد،

إن رأى ضررا رده، وإلا أمضى البيع، ورد عليه قدر ذلك من الثمن.

ابن رشد: إن كانت لا تنقسم أعشارا فذلك ضرر، وإن كانت تنقسم ببيت يحصل للمستحق منها والمدخل على باب الدار والساحة مشتركة، فإن كانت دار جامعة كالفنادق تسكنها الجماعة فليس بضرر فيرجع بقدره من الثمن ولا يرد ما بقى وإن كانت للسكنى فهو ضرر، وإن كانت تنقسم دون نقص في الثمن ويصير لكل حظ حظ من الساحة وباب على حدته فليس بضرر إلا أن يكون المستحق على هذه الصفة الثلت، والدار الواحدة في هذا بخلاف الدور، إن استحق بعضها لم ير باقيةا، إلا أن يكون المستحق منها أكثر من النصف وقد نص في القسمة من المدونة أن استحقاق ثلث الدار الواحدة كثير.

قلت: كون ثلثها كثيرا هو نقل الزاهي عن المذهب.

قال: وقال أشهب: هذا في كبار الدور والذي لا يضر استحقاق صغير جزءها، فأما صغارها ومما لا ينقسم فله رد الجميع، وبهذا أقول، ونظر تمام الكلام في المختصر المذكور.

قال: ابن رشد رحمه الله أثر ذكره المسألة في استحقاق الجزء الشائع عن ابن القاسم: هذه المسألة حسنة بين فيها أن استحقاق اليسير من الأجزاء فيما ينقسم كاستحقاق اليسير من العدد، لا يكون للمشتري إلا الرجوع بقيمة ما استحق بخلاف استحقاق اليسير من الأجزاء فيما لا ينقسم، هذا يكون للمشتري رد الجميع لضرر الشركة، فهو تفسير سائر الروايات، واليسير النصف فأقل، والكثير الجمل، وما زاد على النصف، وهذا في العروض عند ابن القاسم، بخلاف الطعام، وما كان في معناه من المكيل والموزون، فإنه يرى

فيه استحقاق الثلث فما زاد كثيرا.

ابن رشد: والدار إن استحق عشرها أو أقل منه أو كانت لا تنقسم أعشارا فله رد جميعها بخلاف ما إذا كانت تنقسم.

وفي التقييد: ابن رشد في كتاب الاستحقاق من البيان، والرد يجب إذا استحق ما هو كثير كثلث الدار وما فيه ضرر، وإن كان يسيرا كالعشر، فإن اشترى دار واستحق عشرها فإن كانت الدار لا تتجزأ أعشارا، أو كانت تتجزأ ولم يكن لكل جزء مدخل ومخرج على حدة أو كان لكل جزء مدخل ومخرج على حدة إلا أن التجزيء ينقص من الثمن فإن له الرد في هذه الوجوه كلها، فإن كانت تتجزأ أعشارا، ولكل جزء مدخل ومخرج على حدة ولم ينقص ذلك من ثمنها فلا رد له وهذا في دار السكنى، وأما دار الغلة فلا ترد إلا باستحقاق الثلث.

وأما إن كانت دورا عددا فاستحق بعض أعيانها فإنها إذ ذاك بمنزلة العروض إن استحق الجمل فأكثر كان له الرد.

قوله: «وفي العيب اختلف، في الدار كالمثلث مطلقا كما في ذنب» اختلف في كون الثلث من حيز اليسير أو الكثير في مسائل: منها: العيب في الدار فإن اليسير لا ترد به، ويرجع بقيمته واختلف في حد اليسير فمنهم من رد ذلك إلى العادة، وهو الأصل.

وقال ابن أبي زيد: ما ينقص معظم الثمن فهو كثير وظاهره أن النصف

يسير.

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن: ما نقص عن الثلث، وأما الثلث فكثير.
وسئل ابن عات عن ربع الثمن فقال: كثير.

وقال ابن القطان: المثقالان يسير، والعشر كثير ولم يبين من كم.

وقال ابن رشد: العشرة من المائة كثير ولعل قوله تفسير لقول ابن القطان.

ومنها: المثلى في استحقاق البعض وتعيينه وهو معنى قول المؤلف: مطلقا فإن كان المستحق أو المعيب يسيرا لزمه الباقي بحصته، وإن كان كثيرا فإنه يخير في التمسك بالباقي بحصته أو فسخ العقد عن نفسه، خلافا لأشهب فإنه لا يرى الخيار في المثلى بالجل ولا ما دونه وعلى الأول فابن قاسم يخيره في الثلث فأكثر وقيل إنما يخير في الطعام بالنصف.

وفي ابن يونس: يخير في الربع.

ولابن رشد: فيه تفصيل.

ومنها: ذنب الأضحية فقد اختلف في الثلث فيه هل هو من حيز الكثير أو من حيز اليسير؟ وجزم المؤلف أولا بأنه كثير لأنه المشهور.

قوله: «ونزر نصف علما في الشيء من أشياء مطلقا» - البيتين - أي هذه المسائل النصف فيها يسير والكثير ما فوجه، وهو المراد بوجه الصفقة.

ومنها: ما إذا تعدد المبيع المقوم فاستحق بعضه أو اطلع على عيبه، فإن

كان ذلك وجه الصفقة وهو ما فوق النصف كخمس ثياب متساوية القيمة يستحق منها ثلاثة أو يثبت عيبها، ففي العيب يخير المشتري بين أن يتماسك بالجميع أو يرد الجميع، وفي الاستحقاق يتعين رد الباقي على المشهور وإن كان ذلك في النصف فأقل، ففي العيب ليس له إلا رد المعيب بحصته يوم عقده، وفي الاستحقاق يرجع بما ينوب المستحق وليس له رد الباقي وهذا معنى قول المؤلف: في الشيء من أشياء مطلقاً أي علم نزر النصف في استحقاق الشيء من أشياء والإطلاق راجع إلى الاستحقاق والعيب.

قوله: «كذا جزء عروض يستحق فخذاً، إن أمكن القسم وخير إن عدم» يعني بالجزء الشائع، وبالعروض ما عدا الدور والطعام، وما معناه من المكيل والموزون.

والمعنى أن العرض إذا استحق منه جزء شائع، والعرض مما ينقسم، فإن كان المستحق النصف فأقل فلا يكون للمشتري إلا الرجوع بقيمة ما استحق، وإن كان أكثر من النصف فهو مخير بالتمسك بالباقي أو الرد بخلاف ما لا ينقسم فله الرد مطلقاً كان السهم المستحق يسيراً أو كثيراً، وقد تقدم هذا من كلام ابن رشد.

وذلك قوله: بين إن استحقاق اليسير من الأجزاء فيما لا ينقسم - إلى قوله - : واليسير النصف فأقل، والكثير الجل، وما زاد على النصف، وهذا في العروض عند ابن القاسم.

قوله: «ونزر ما عين حبسه حرم» أي ما يتعين وهو المقوم حسب نزره حرم بمعنى أنه إذا استحق الجل فإنه يحرم التمسك بالأقل، وهو المشهور، للجهل

بالثمن، إذ لا يدري ما ينوب الباقي إلا بعد التقويم، بخلاف استحقاق الجزء الشائع فإنه لا جهل.

البقري في مختصر الفروق: اعلم أنه إذا استحق بعض الشيء فله أحوال، لأنه إما أن يكون مثليا أو مقوما، وإما أن يكون معيناً أو شائعاً.

أما المثلي، وهو المكيل والموزون فإن استحق قليله لزم الباقي، لأن القليل لا يخل بمقصود العقد، والأصل لزوم العقد بخلاف ما إذا استحق الأكثر، ولذلك يكون له الخيار بين أن يرد لذهاب مقصود العقد أو يمسك الباقي بحصته من الثمن.

و أما المقوم فإن استحق الأقل فكما في المثلي، وإن استحق الأكثر الذي هو وجه الصفقة اختل البيع و انتقض كله لفوات مقصود البيع، ويحرم التمسك بما بقي، ليس كما قلنا في المثلي وهذا لأن حصته لا تعرف حتى يقوم، وهذا ما يتعلق بالمقوم.

وأما الشائع إذا استحق جزء منه وهو مما لا ينقسم فيخير في التمسك بالباقي بحصته من الثمن، ولأن حصته معلومة بغير تقويم انتهى.

وهذا إنما هو غير دار السكنى، وقد مر تفصيلها عند ابن رشد.

قوله: «أما مسائل الوصايا والغلث» - البيت - أي الثلث في هذه المسائل الثلاث نزر.

الأولى: الوصايا فإن الوصية بالثلث فما دونه لازمة بخلاف الزائد فلهم رده.

الثانية: الغلث الجوهري: المغلوت الطعام يكون فيه الزوان والمدر ابن عرفة ناقلا عن ابن رشد: وغربلة القمح من التبن والغلث للبيع واجب إن كان تبنة وغلته أكثر من الثلث، لأن بيعه كذلك ضرر، ويستحب إن كانا يسيرين.

ابن عرفة: ظاهره لا يجب في الثلث.

والظاهر وجوبه فيه، وفيما قاربه مما ليس يسيرا وهو ظاهر قسمها فيه قال مالك: يغربل القمح للبيع وهو من الحق الذي لا شك فيه ومحمل نذورها لا تغربل الحنطة في الكفارة، على اليسير انتهى.

الثالثة: الزوجة لا كلام للزوج في تبرعها بالثلث فأقل، وإن تبرعت بأكثر فله رده.

قوله: في قصدها الأذى خلاف الضمير عائد إلى العرس التي هي الزوجة أي إذا تبرعت بالثلث فأقل على جهة الضرر بالزوج فاختلف في منعها، قال ابن القاسم وأصبع في الواضحة، لا يمنعها.

وقال مطرف وابن الماجشون، وأشهب عن مالك: له رده.

قوله: وثمر كصبرة دالية أي والثمر والصبرة والدالية من نزر الثلث، فالثمر إشارة إلى بيع الثمرة واستثناء قدر الثلث فأقل، فإنه يجوز باتفاق وكذا الصبرة

يجوز بيعها واستثناء الثلث فأقل وهو قول ابن القاسم وأشهب .

وروى ابن الماجشون: أنه لا يجوز أن يستثنى من الصبرة قليل، ولا كثير ولا جزء مشاع، لأن الجزاف إنما جاز بيعه للضرورة، ومشقة الكيل والوزن، فإذا استثنى منها جزء فلا بد من الكيل فلم يقصد بالجزاف إلا بالمخاطرة، والثمرة لا يتأتى فيها الكيل فافترقا .

وأما الدالية فهي إشارة إلى اكتراء الدار، والأرض وفيها دالية عنب أو غيرها من الشجر المثمرة فإنه يجوز دخول الثمرة في الكراء، إذا كانت الثمرة الثلث فأقل من الجميع بالتقويم لا بما وقع به الكراء فيقوم كراء الدار والأرض بغير شرط .

فإن قيل: عشرة، قيل: فما قيمة الثمرة فيما عرف مما تطعم كل عام بعد طرح قيمة المؤنة .

فإن قيل: خمسة، فأقل جاز، إلا منع لما فيه من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، وهكذا بلغ ابن القاسم عن مالك، أعني أن الثلث من حيز اليسير وما في روايته عنه فلم يبلغ بها الثلث .

قوله: «ومن ذكر غبنا فمنه» .

أي ومن ذكر أن الغبن في البيع يقام به فالثلث فيه من نزر، وقدره المؤلف في طرة بقوله: فمن الثلث النزر، وهذا أوفق للفظ، والأول أظهر في المعنى .

وقد اختلف في القيام بالغبن في الجملة، إن كان يتفق في بعض الصور على القيام به.

قال ابن عبد السلام: مشهور المذهب عدم القيام بالغبن انتهى.

وعلى أنه يقام به فقال ابن الحاجب: والغبن قيل: الثلث، وقيل: وما خرج عن المعتاد.

ابن عبد السلام: وظاهر كلام المؤلف أنه لا فرق بين المتفق عليه، والمختلف فيه وظاهر كلام غيره، أن الغبن المتفق على اعتباره لا يوصل فيه إلى الثلث، ولا إلى ما قاربه بل إذا خرج عن الثمن المعتاد في ذلك البيع صح القيام به انتهى.

وقال ابن القصار: يقام به إذا زاد على الثلث.

قلت: وهذا مقتضى كلام المؤلف.

ومن المسائل التي الثلث فيها يسير مساقاة البياض، فإنه لا يساقى إلا تبعا لثالثا فما دونه وإليه أشار المؤلف بقوله: «وبياض قد ألف» أي عهد في المساقاة ومن فروع يسارة الثلث أيضا، ولم يذكره المؤلف، استثناء المحبس من حبسه وما يسكنه، أو ينتفع به حياته على لحوقه الحبس بعد موته بعقده الأول، فإنه يجوز إن كان ثلث قيمته فأقل، وعاينت البيئة ما لم يستثنه خاليا من متاعه، فإن كان أكثر بطل جميعه، فإن كان باقية لصغير ولده، وإن كان لغيره صح إن حيز عنه، وإن لم يلحق به بعقده وأبقاه على أن يلحقه به بعد وفاته فهو وصية

بتحبيسه .

قوله: «في أذن أضحاة تردد عرف» أي تردد عرف في كون ثلث الإذن من حيز اليسير فيغتفر أو من حيز الكثير فلا تجزئ معه وقد مر ذلك في الذنب .

الباجي: الصحيح أن ذهاب ثلث الأذن يسير، وذهاب ثلث الذنب كثير، لأن الذنب لحم وعصب والأذان طرف جلد لا يكاد يستضر به، لكن ينقص الجمال كثيره انتهى .

قلت: ولعل المؤلف جزم أولاً بثلت الذنب بأنه كثير نظراً إلى قول الباجي .

قوله: «كحلية» أي كما تردد في ثلث الحلية هل يسير أو كثير، وهذا إشارة إلى المحلى بأحد النقدين يباع لهم بصنفة أو بغير صنفة حيث تشترط من الأخير لهم التبعية، وكذا المحلى بهما كالسيف ونحوه يحلى بأحد النقدين، أو بهما، فقد اختلف في التبع، فقليل: الثلث، وقيل: دونه وقيل النصف .

قوله: «والحوز» إشارة إلى مسألة من حبس داراً، أو دوراً، وهو في بعضها وحيز الباقي فقال ابن القاسم: ما حيز لزم .

وقيل: إن كان كثيراً لزم الجميع إلا فلا .

وفي المدونة: من حبس على صغار ولده داراً، أو دوراً، أو وهبها لهم، أو تصدق بها عليهم فذلك جائز وحوزه لهمم حوز، وإلا أن يكون ساكنها

كلها أو جلها حتى مات فيبطل جميعها وتورث على فرائض الله، وأما الدار الكبيرة ذات المساكن سكن أقلها واكري لهم باقيها فذلك نافذ فيما سكن ومما لم يسكن.

اللخمي: وإن سكن النصف وحاز النصف بطل ما سكن وصح ما لم يسكن ونسبه لابن القاسم وأشهب، فجعل القليل دون النصف والكثير ما فوقه.

وفي الواضحة: القليل ما دون الثلث.

وفي الموازية عن ابن القاسم وأشهب: إن سكن قدر الثلث، فأقل شئ جاز الجميع.

وفي المتيطة: إن سكن ثلث الحبس أو أقل نفذ الحبس فيما سكن وما لم يسكن وإن كان أكثر من الثلث لم يجز شئ من الحبس، ورد جميعه ميراثا هذا مذهب المدونة، وبه الحكم انتهى.

ففهم أن الثلث على مذهب المدونة كثير، وهو خلاف ما قاله اللخمي.

وطرر المؤلف بخطه على هذا من الأم بقوله: وفي كهبة لمحجوره انتهى.

ولا يختص ذلك بالمحجور، وإن كانت في المدونة مفروضة فيه، ولذا أطلق ابن الحاجب قوله: «والأبار» أشار إلى من اشترى نخلا وقد أبر بعضها دون بعض، فإن تأبر الشطر فالمأبور للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع وإن أبر الأكثر حكم بحكمه للجميع هذا قول مالك الذي عليه أكثر أهل المذهب.

وروى عنه انه مثل ما لو تأبر الشطر وعلى الأول فالثلث يسير بل اليسير ما دون النصف وعلى الثاني فليس يسير.

قوله: «مسائل الزكاة» كما إذا اجتمع الضأن، والمعز فإن الزكاة من أكثرهما عند سحنون، ولابن القاسم تفصيل.

و كالحلي منظوما بالجواهر إذا لم يكن نزعها إلا بضرر، وقيل: كالعرض، وقيل يتحرى، وقيل: يراعي الأكثر.

وما يسقى من الزرع والثمار بالوجهين وتفاوتا، واجتماع عروض الإدارة و الاحتكار، وتفاوتا أيضا.

وقد تقدمت هذه المسائل في قاعدة الاتباع هل تعطى حكم متبوعاتها أو حكم نفسها.

قوله: «غرس جار» إشارة إلى مسألة مما إذا ثبت بعض الغرس في المغارسة أو أطمع فأثبت أكثره فللغارس فيما ثبت وفيما لم يثبت وإن ثبت أقله فلا شيء للغارس في الجميع.

وقيل: له سهمه في الثلث، وإن قل، وإذا أطمع بعض الغرس فإن كان أكثره سقط عنه العمل وإلا فلا، وله ما أطمع دون رب الأرض، وقيل بينهما.

قوله: «تبرع المريض أو حجابي» أي إذا تبرع المريض بالثلث فأقل كما إذا وهبه أو تصدق به، أو عاوض بمحابة فإن الزيادة تبرع، فهل يمضي تبرعه ولا كلام للورثة، أو يوقف إلى الموت لاحتمال أن يكون ذلك عند الموت جميع

المال، أو أكثر من الثلث، أو الفرق بين أن يكون ماله مأمونا، كالربع والعقار فيمضي تبرعه وبين أن لا، فيوقف، أقوال، والثالث المشهور.

قوله: «ما ضمن كالعرس» إشارة إلى ضمان الزوجة، فيجوز بالثلث، وما زاد عليه يسيرا كالدينار، ولا خلاف في منعها فيما زاد على الثلث، إذا كان الغريم معسرا، وأما إن كان موسرا، فقال اللخمي: منعه ابن القاسم، وأجازه ابن الماجشون، وهو أشبه، لأن الغالب السلامة.

وأتى بالكاف ليدخل المريض، أي وما ضمنه مثل العرس أي العرس وشبهه.

أو فاعل ضمن، ضمير المريض، أي وما ضمنه المريض كالعرس، أي كضمانها وبهذا فسر المؤلف في طرة، ومذهب المدونة جواز كفالتة بالثلث.

وقال محمد: «حمالة» المريض جائزة ما لم يدخل على أهل دينه بها، ولا يكون المحتمل عنه مليا، فإن كان مليا جازت بكل حال.

وقال عبد الملك: إن كان الغريم مليا لزمته الكفالة بالثلث، وإن كان عديما بطلت ولم تكن في الثلث إذا لم يرد بها الوصية.

قوله: «كشيين علما» إشارة إلى مثلة المرأة بعبدها، ولا خلاف أنها إن مثلت بعبد قيمته الثلث أنه يعتق عليها من غير توقف على رضی الزوج، وكذا إذا زاد على الثلث ورضى الزوج، وإنما الخلاف إذا رده، والقول بأنه يتوقف على رضاه لسحنون وابن القاسم، ومقابله لأشهب ومنشأ الخلاف هل العتق بالمثلة

حد من الحدود يوجب العتق مطلقاً أو ليس كذلك؟ وينظر إلى من يجوز عتقه ابتداءً فيعتق عليه، ولهذا اختلف في العبد والمديان وإن مثل المريض، عتق في ثلثه، وإن صح ففي رأس ماله، هكذا قال صاحب التوضيح.

وانظر ما الفرق بينه وبين الزوجة، وما ذكره المؤلف من الأبار وما بعده لم يختلف فيه من حيث حد اليسير فالتردد فيه غير التردد فيما قبله وإنما اختلف فيه من حيث إنه الأقل هل يعطى حكم الأكثر أو حكم نفسه عدا تبرع المريض وضممان الزوجة، فالخلاف فيهما من وجه آخر، فكان اللائق بالمؤلف أن لا يذكر ذلك، إذ ليس من القاعدة، نعم هو مناسب لمسائل الفصل في الجملة ولعله ذكره لذلك، والله أعلم.

ومسائل الزكاة، وغرس، وتبرع المريض يصح فيه الخفض، وهو الظاهر عطفاً على ما قبلها، أو غرس وتبرع معطوفان على الزكاة، فتدخلان تحت مسائله ويصح الرفع على الابتداء، والخبر محذوف، أي مسائل الزكاة وغرس جار في العوائد وتبرع المريض - إلى آخره.

ومنه: أي من التردد، أي محله، أو من صورته وضبطها المؤلف بالوجهين وعطف حابي على ما قبله، لأن التقدير وإن تبرع المريض أي حابي ويصح أن يكون تبرع ماضياً، ومن نزر الثلث أيضاً استثناء المحبس من حبسه ما يسكنه، أو ينتفع به حياته على لحوقه بالمحبس بعد موته بعقده الأول، فإنه يجوز إن كان ثلث قيمته فأقل وعينت البينة ما لم يستثنه خالياً عن متاعه، فإن كان أكثر بطل جميعه إن كان باقيه لصغير ولده، وإن كان لغيره صح إن حيز عنه، وإن لم يلحق بعقده الأول وأبقاه على أن يلحقه به بعد وفاته فهو وصية بتحبيسه.

قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: الثلث عند مالك آخر حد اليسير، وأول حد الكثير فكل ما دونه يسير، وكل ما فوقه كثير، وهو قد يكون يسيرا كما في السيف المحلى، وقد يكون كثيرا كما في الجائحة والمعاقلة وقد يختلف فيه كالدار تكرر وفيها شجرة فإنه يشترط أن تكون ثمرتها تبعا، واختلف هل يبلغ بها الثلث، واعلم أن من المالكية من يقول: اختلف المذهب في الثلث على قولين، منهم من يقول: أما ما كان أصله الجواز ومنعه لعله كالوصية وعطية الزوجة فالثلث فيه يسير، وما كان أصله المنع كالحلية والثمرة ففيه قولان وذكر الباجي في مسألة الحلية عن بعض البغداديين أن النصف قليل، لأية المزملة.

ورواه ابن بشير باحتمال كون نصفه بدلا من الليل وما بعده يرد.

ولمسألة الرد في الدرهم، ورد بأن نصف الدرهم يسير في نفسه، وقد تقدم الخلاف في اعتبار اليسير بنفسه، أو بالنسبة، في الطهارة.

فصل

هذا الفصل يتعلق بمسائل من المديان، والتفليس والوكالة والغصب،
والشفعة والقرض والقراض، والمساقاة، والجعل وتضمين الصناع.

من هل قبض ملك قبض مالك كما في فلس غزل، وشبهه علما

شي أي اختلف هل قبض الملك قبض المالك أم لا؟ بمعنى أن الأملاك هل
هي قابضة على ملاكها أم لا؟ والصحيح الأول وعليه الخلاف في كون مكري
الدابة أحق بما حملت من المتاع أو لا.

والخلاف في كون مكري الأرض أحق بزرعها في الموت، والفلس كالرهن
أو في الفلس فقط.

وفي المقدمات: رب الإبل أولى بالمتاع، لأنه قابض له بكونه على ظهور
دوابه، ولو أسلمها للمكثري وهو كرهن بيده ما لم ينقض الكراء، ويحرز
المتاع ربه، وكذا السفينة.

قوله: «وغزل» لعله أراد به الغزل يستأجر على نسجه فيتلف بيينة بعد النسج
فتثبت الأجرة على ربه بناء على أن قبض الملك، وهو الغزل للصنعة المستأجر
عليها وهو النسج كقبض المالك، وهو المستأجر أو لا؟ وهي مسألة صانع ثبت
صنعه في المصنوع وضاع، إلا أن هذا سيأتي في قاعدة المصنوع هل يكون قابضا
للصنعة أو لا؟ فغير أن قاعدة الملك أعم وأشمل من قاعدة المصنوع إذ يدخل

فيها فروع مكري الدابة كما مر، ولا يدخل في قاعدة المصنوع.

هذا الذي كتبت أولاً ثم رأيت بخط المؤلف تطريراً؟ وعليه التفليس ومن دفع غزلاً لحائك ينسجه ويزيده غزلاً سلفاً فنسجه هل يكون شريكاً أو له أجره مثله، بخلاف الصانع يكون شريكاً انتهى.

يعني مسألة حائك استؤجر لنسج غزل شقة على أن يزيد من عنده غزلاً سلفاً فكان ذلك فاسداً، فقيلاً: الشقة كلها للمستأجر، وعليه مثل غزل الأجير، وفسر به أبو محمد، وهذا بناء على النفي، وقيل: شريكاً، وهذا بناء على الإثبات، كمسألة مستأجر صانع على تمويه سيف على أن يسلف من عنده، فقال أبو محمد: لا يجوز ذلك، ويكون لصاحب السيف، ويرد السيف، وعليه أجره المثل بخلاف من استؤجر على صوغ خلخالين من مائة وخمسين يعطيه مائة، ويسلفه خمسين فإنهما شريكان.

وتقرير كلام المؤلف، هل قبض ملك قبض مالك كما علم في فلس وغزل وشبهه.

ص هل حكم نسخ بالنزول يثبت أو بالوصول كوكيل ينعت

ش أي النسخ هل يثبت حكمه بالنزول أو بالوصول؟ ويقال بالوصول، أو بالوصول ويقال بالنزول أو بالبلاغ؟ وعليه تصرف الوكيل بعد الموت أو العزل، وقبل علم الوكيل بذلك.

وتجر عامل القراض بعد موت ربه وقبل علمه إذا خسر هل يضمن أو لا؟

وقدوم وال على آخر في خطبة الجمعة ومن طراً عليها علم الإعتاق في الصلاة وهي منكشفة الرأس بمعنى أنها عتقت قبل دخولها في الصلاة، ولم تعلم حتى شرعت فيها وإذا وكلت وكيلين فزوجاها، فدخل الثاني ولم يعلم، فإن قلنا بالأول فلأول لانفساخ وكالة الثاني بالعقد، وإن قلنا بالثاني فلثاني وهو المشهور لقضاء عمر ومعاوية من غير نكير، وإن كان إمضاء نكاح محصنة وفسخ عقد مسلم من غير موجب.

وقال ابن عبد الحكم: السابق بالعقد أولى والبيع كذلك بمعنى بيع الوكيل ما وكل عليه، وبيع مالكة إياه أيضاً، خلافاً للمغيرة لعدم حرمة، والحق ردهما.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: اختلف قول مالك في الوكيل هل ينعزل بالموت والعزل، أو ببلوغها إليه، على الخلاف في النسخ هل يتقرر حكمه بالنزول أو بالوصول، وإذا وكلت وكيلين فزوجاها فدخل الثاني ولم يعلم فإن قلنا بالأول فهي للأول لانفساخ وكالة الثاني بالعقد، وإن قلنا بالثاني فهو للثاني وهو المشهور لقضاء عمر، وإن كان إمضاء نكاح محصنة وفسخ عقد مسلم بغير موجب وكذلك البيع خلافاً للمغيرة لعدم حرمة والحق ردها معاً، كالشافعي وابن عبد الحكم انتهى.

قال في إيضاح المسالك: تنبيه: ليس الكراء كالبيع في هذا، بل هو للأول على كل حال، لأنه لا يدخل في ضمان من قبضه، قال بن دحون.

وصححه ابن رشد في رسم نذر، من سماع ابن القاسم كتاب البضائع، والوكالات وإليه مال المازري - رحمه الله - وعلله بأن ما يأتي من المنافع التي

يطلب المكتري الأول أخذها لم تخلق، لم تقبض وبأن ضمان المنافع من رب الدار، وضمان السلعة المقبوضة في البيع من قابضها.

قال المازري - رحمه الله - : لكن نزل هذا السؤال وأنا حاضر في مجلس الشيخ أبي الحسن المعروف باللخمي - رحمه الله -، فافتى بكون الساكن أولى وإن تأخر عقده، ورأى سكناه شبهة على ما يقتضيه المشهور من المذهب عنده وذكر أن بعض أصحابه خالفه في هذا لأجل ما ذكرناه من فقدان الضمان للمنافع بخلاف الأعيان التي تضمن بالقبض مع كون القبض لما يستحق من المنافع غير حاصل الآن.

وذكر أن الشيخ أبي القاسم سيوري - رحمه الله -، ورد جوابه بموافقة ما ذهب إليه طردا لأصل المذهب ورأى أن السكنى الساكن حيازة وقبض يوجب ترجيح جانبه لما ترجح بقبض الأعيان.

قوله: «ينعت» أي يوصف بالتصرف بعد العزل، أو الموت.

ولو قال بدل هذا البيت:

هل حكم نسخ بالنزول يجعل أو بالوصول كوكيل يعزل

لكان أبين، والله تعالى أعلم.

وهل تعين لجزء شاعا عليه حالف بعق باعا

كمستحق وزكاة أو غصب ومهر أو مرتهن كمن وهب
 جواب نفزي عليه جاء بلا نعم في قابض كراء
 أو ثمننا لشطره وغيره غصب هل ينزع منه شطره

ش أي الجزء المشاع هل يتعين أم لا؟ بمعنى أنه هل يتميز أو لا يتميز في الحكم.

وعليه من حلف بحرية شقص له في عبد إن فعل كذا ثم باع شقصه من غير شريكه ثم اشترى شقص شريكه، ثم فعل ذلك هل يعتق عليه أم لا؟ وهو مذهب المدونة ومن باع نصف عبد يملك جميعه، ثم استحق نصفه هل يجزى الاستحقاق فيما بيع وفيما بقى، وهو مذهب المدونة أو إنما يقع الاستحقاق في الباقي، والبيع منعقد في النصف المبيع وهو مذهب أشهب، وسحنون، قال: وغيره خطأ.

ومن غلب عليه الخوارج المتأولون فأخذوا زكاته، أو خراجهم هل يؤخذ منه ثانياً أو يكفي ذلك وهو مذهب المدونة.

ووقع في إيضاح المسالك ذكر الخوارج مطلقاً والصواب تقيده بالتأولين، كما للشارمساحي على المدونة.

وفسر أبو الحسن الصغير الخوارج هنا بالخوارج الذين خرجوا على أهل السنة، قال الشارمساحي: هم من يدعى أنهم أولى بالإمامة لنسبه أو علمه، وهؤلاء متأولون، ومن غصب جزءاً مشاعاً هل يتعين ذلك الجزء بالغصب أو الغصب سرى على الجميع.

ومن ساق إلى زوجه نصف أملاكه مشاعا ثم باع جزءا منها مشاعا، أفتى ابن القطان: بأن البيع شائع في الجميع، وأن للمرأة أن ترجع في نصف المبيع مطلقا.

وأفتى ابن عتاب: إن كان الذي باع الزوج على ملكه النصف فأقل فلا كلام لها إلا في الشفعة وإن كان أكثر من النصف مثل أن بيع ثلاثة أرباع فلها الرجوع في الزائد على نصف المبيع، وما كان فعلى الترتيب ومن ارتهن جزءا مشاعا أو وهب له، أو تصدق به عليه ولم يرفع الرهن ولا الواهب ولا المتصدق يده هل يصح حوزة أم لا؟ قال في إيضاح المسالك: تنبيه: على هذا الخلاف جاء جواب الشيخ أبي محمد ابن أبي زيد - رحمه الله - وغفر له - قال في غرائب الأحكام: سئل ابن أبي زيد عن دار بين رجلين مشاعة فعدا على أحدهما غاصب قاهر فغصبه نصيبه مشاعا هل للأخر أن يكرى نصيبه، أو يبيعه أو يقاسم فيه؟ فأجاب: أنه لا سبيل إلى القسم فيه ما دام الأمر ممتنعا من الأحكام وله أن يبيع نصيبه أو يكرهه، وقد اختلف في الكراء والثلث هل للمغصوب منه فيه مدخل؟ فقيل: إنه يدخل معه فيه، إذ لم يتميز نصيب المغصوب، وقيل: لا مدخل له معه إذ غرض الغاصب هذا دون هذا، وهذا أشبه بالقياس.

قوله: «وهل تعين لجزء شاعا، عليه حالف» - البيت - أي وهل تعين ثابت لجزء شاع، فلجزء هو خير تعين.

عليه: أي على هذا الأصل بنى من حلف بعق شقص له في عبد إن فعل كذا فباعه لغير شريكه ثم ابتاع شقص شريكه ثم فعل.

قوله: «كاستحق ضبطه المؤلف بفتح الحاء وكسرهما، أي استحق نصف عبد بعد بيع نصفه، هل يجزى الاستحقاق في الكل أم يختص بالباقي والبيع منعقد» قوله: «وزكاة» من غلب عليه الخوارج المتأولون فأخذوا زكاته، أو خراجه.

قوله: «ومهر أو مرتهن كمن وهب».

أي ورهن مشاع أو مرتهن مشاع كمن وهب مشاعا.

قوله: «جواب نفزي عليه جاء بلا نعم» النفزي هو الشيخ أبو محمد بن أبي زيد نسب إلى نفزة قبيلة من البربر، وتنكيره للتعظيم، كقاضي فيما مر أي جواب النفزي على هذا الاختلاف جاء بلا نعم، أي حكى في جوابه قولاً بأنه لا ينزع منه شطره، وقولاً بأنه ينزع.

قوله: «لشطره» أي لنصفه أو أطلق الشطر على مطلق الحظ، وجملة، وغيره غصب، حالية، أي قبض كراء أو ثمننا لحظه والحالة إن غير شطره غصب وهو شطر شريكه.

قوله: «هل ينزع منه شطره» أي هل ينزع من القابض شطر ما قبض من كراء أو ثمن، أي نصفه، أو هل ينزع منه حظ الغير المغصوب على أن المراد بالشطر مطلق الحظ.

تنبيه: صاحب التوضيح: وكذا يصح رهن المشاع خلافا للحنفية وحكاة ابن عبد السلام رواية في المذهب، وذكر المازري عن أبي الطيب عبد المنعم أنه خرج قولاً كمذهب الحنفية من قول من قال من أصحابنا: إن هبة المشاع لا

تصح، المازري: وهذا النقل الذي نقله، والتخريج الذي خرجه لم أسمع من أحد من أشياخي انتهى.

ابن العربي: رهن المشاع جائز، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة: لا يجوز وبني المسألة على أصل واحد وهو أن الشيوع لا ينافي الإقباض، وعنده ينافيه وقد ناقض فقال: إن هبة المشاع تصح مع أنها لا تلزم إلا بالإقباض وأخذ منه المقري قاعدة فقال: الشيعاء عند مالك ومحمد لا ينافي الإقباض ولا يشترط في الرهن الإفراز بل يصح رهن المشاع وقال النعمان ينافي فيشترط فلا يصح واعتراض بأنه أجاز هبة المشاع ولا تلزم عنده إلا بالإقباض.

وقال أيضا: قاعدة: القسمة عند مالك، ومحمد ليست من تمام القبض فتصح هبة المشاع وعند النعمان من تمامه فيما ليس بمعاوضة، فلا تصح لأنها لا تتم إلا بالقبض بعد القسمة.

ص هل يتعين الذي في الذمة

ش أي هل يتعين الذي في الذمة أم لا؟ والذمة قال القرافي: معنى شرعي مقدر في المكلف غير المحجور قابل للالتزام فإذا التزم شيئا اختيارا لزمه.

وتلزمه أروش الجنائيات، وما أشبه ذلك قال: والذي يظهر لي: وأجزم به أن الذمة من خطاب الوضع ترجع إلى التقادير الشرعية وهو إعطاء المعدوم حكم الموجود.

قال ابن الشاط: والأولى عندي أن الذمة قبول الإنسان شرعا للزوم الحقوق

دون التزامها، فعلى هذا تكون للصبى ذمة لأنه تلزمه أروش الجنائيات، وقيم المتلفات وعلى أنه لا ذمة للصبى نقول الذمة قبول الإنسان شرعا للزوم الحقوق والتزامها.

ابن عبد السلام: الذمة أمر تقديري يفرضه الذهن وليس بذات ولا صفة لها.

ابن عرفة: يريد بلزوم كون معنى قولنا إن قام زيد ونحوه ذمة والصواب في تعريفها، أنها ملك متمول كلي حاصل أو مقدر.

قال: فخرج ما أمكن حصوله من نكاح أو ولاية أو وجوب حق في قصاص، أو غيره مما ليس متمولا إذ لا يسمى ذلك في العرف ذمة.

الرصاع في شرح الحدود: كان يعرض لي أنه إما أن يريد بالملك الشيء المتملك أو استحقاق متملكه وإنما المتملك ما فيها، وإن أراد الثاني فكذلك، لأن الذمة ليست هي الاستحقاق، فصوابه، ذات ملك متمول كلي، لأن الملك مضاف لها أي ذات يضاف لها ملك، أي استحقاق تصرف في متمول وكلي مخرج للجزء، وهي القابلة للإلزام والالتزام، والله أعلم بمقصده.

أو يقال: أطلق الملك على الحق، وفيه بحث وأخرج بتمول الأمور المتملكة غير المتمولة من حقوق النكاح، ووجوب القصاص وولاية النكاح في الإعطاء والجبر عليه، لأنها حقوق غير مالية، وكذلك المتمول الكلي إما حاصل بالفعل أو بالإمكان، ومن لازم الذمة أن المقرر فيها كلي لا جزئي وبني عليه الفقهاء مسائل، وأن مصيبة ما كان في الذمة من المدين حتى يقضيه صاحبه ولا يرد

على عكسه قول الغير في المدونة: إذا اشترى سلعة بدنانير غائبة، قال: يضمنها إذا تلفت وعلقت بالذمة، فالذمة هنا ملك متمول جزئي لأن الدنانير معينة لأنا نقول للغير كأنه ألقى التعيين فالذمة متمول كلي، فالحد يصدق عليه.

قال ابن القاسم الضمان إنما هو مع شرطه لا في غير ذلك، والحد يصدق عليهما معا، والله الموفق انتهى باختصار.

القرافي: المعينات المشخصات لا تثبت في الذم، ولذلك يفسخ عقد البيع باستحقاق المعين فيه، وإنما يثبت في الذمة الكلي حتى يسقط بواحد منه، ولذلك إذا استحق رجوع إلى مثله وخالفت المالكية في ذلك في النقود إذا عينت فإنها لا تتعين عندهم.

ابن الشاط: والحق التعيين وخالفت المالكية أيضا والحنفية في الطلاق، والعتاق المعلقين بالتزويج والملك، فقالا بلزومهما، وليسا بمعينين، ولا مضمونين وخالفهما الشافعي وقال بعدم لزومهما.

وعلى هذا الأصل براءة الغريم الذي أخذ منه دين لرجل آخر غصبا، وعدم براءته قولان لمتأخري فقهاء تونس وعلى تعيينه أفتى ابن عرفة حين سئل عمن في ذمته دينار ثمن ثوب، ودينار ثمن طعام لرجل واحد، هل يصح أخذ الطعام عن ثمن الثوب، ويكون مميزا بشخصه كما تميز بنوعه أو لا؟ قال: نعم، كقول المدونة في عدم دخول أحد الشريكين على شريكه فيما اقتضى من دينهما مقسوما في ذمة رجل قال بعض الشيوخ: لو استدل ابن عرفة في هذه المسألة على التعيين بما قال معناه في المدونة: وإذا اختلفا في مقبوض،

فقال الراهن: عن دين الرهن وقال المرتهن: عن غيره، وزع بعد أيمانهما على الجهتين كالحمالة، لكان أبين في الاستدلال على فتياه، إذ معنى ما في المدونة أنهما لو اتفقا على جهة لعمل على ذلك.

قال في إيضاح المسالك: تنبيه: لم يحفظ القاضي الإمام أبو عثمان العقباني - رحمه الله - خلافاً في أن ما في الذمة لا يتعين: فقال في لباب اللباب في مناظرته مع القباب: الدين يتعلق بالذمة، والغصب يتعلق بعين الشيء المغصوب، ولا مزاحمة بينهما، ولذلك لم يقل أحد إن من عليه دين يبرأ بغصب الغاصب ولو صرح الغاصب بأن يقول: إنما غصبت ذلك الدين، بل ينصرف الغصب إلى عين ما غصب، ويبقى الدين في ذمة انتهى.

وما قاله العقباني - رحمه الله - هو الذي يظهر من الفرق السابع والثمانين من قول شهاب الدين القرافي - رحمه الله - ومثله في قواعد القاضي أبي عبد الله المقرئ - رحمه الله - ولفظه: المعين لا يستقر في الذمة، وما تقرر في الذمة، لا يكون معينا انتهى كلام الإيضاح المقرئ: قاعدة: المعين لا يستقر في الذمة، وما تقرر في الذمة لا يكون معينا فالأداء لا يتخلد في الذمة، لأنه يحصر الأوصاف المعتبرة كالعقار، ويفسخ البيع والكراء باستحقاق المعين دون السلم، والمضمون، ومن شرط الانتقال أن يتعين بوقته بخلاف القضاء، والمعين لا يتأخر قبضه لما لا يضطر إليه بخلاف تأخر الطعام إذا غشيها الليل إلى الغد عند مالك، ولذلك لا يسلم فيه ولا في كل ما يتعين وأمكن الخروج عنه بكل معين من نوعه، والعين ما كان شخصاً في نفسه لا يوجد من نوعه غيره.

القرافي: الفرق السابع والثمانون بين قاعدة ما يثبت في الذمة، وبين قاعدة ما لا يثبت فيها: اعلم أن المعينات الشخصية في الخارج المرئية بالحس لا تثبت في الذم، ولذلك أن من اشترى سلعة معينة فاستحقت انفسخ العقد ولو ورد العقد على ما في الذمة كما في السلم فأعطاه ذلك، وعينه فظهر ذلك المعين مستحقا رجع إلى غيره، لأنه في الذمة، وقد بينا أن ما في الذمة لم يخرج منها.

وكذلك إذا استأجر دابة معينة للحمل أو غيره فاستحقت أو ماتت انفسخ العقد، ولو استأجر منه حمل هذا المتاع من غير تعيين دابة أو على أن يركبه إلى مكة من غير تعيين مركوب معين فعين له لجميع ذلك دابة، معينة للحمل ولركوبه فعطبت أو استحقت رجع يطالبه بغيرها، لأن المعقود عليه غير معين في الذمة فيجب عليه الخروج عنه بكل معين شاء، ويظهر أنه كذلك في قاعدة أخرى، فإن المطلوب متى كان في الذمة فإن لمن هو عليه أن يتخير بين الأمثال أو يعطي أي مثل شاء، ولو عقد على معين من تلك الأمثال لم يكن له الانتقال عنه إلى غيره، فلو اكتال رطل زيت من خابية وعقد عليه لم يكن له أن يعطى غيره من الخابية وكذلك إذا فرق صبرته صيعانا فعقد على صاع منها بعينه لم يكن له الانتقال عنه، إلى غيره من تلك الأمثال ولو كان في الذمة لكان له الخروج عنه بأي مثل شاء من تلك الأمثال فهذا أيضا يوضح لك أي المعينات لا تثبت في الذم، وأن ما في الذم لا يكون معيناً، بل يتعلق بالحكم فيه بالأمور الكلية والأجناس المشتركة، فيقبل ما يعين منه البدل، والمعين لا يقبل البدل والجمع بينهما محال، وهذا الفرق بين هاتين القاعدتين يظهر أثره في المعاملات والصلوات، والزكوات فلا ينتقل الأداء إلى الذمة إلا إذا خرج

وقته، لأنه معين بوقته، والقضاء ليس له وقت معين يتغير حكمه بخروجه فهو في الذمة والقاعدة أن من شرط الانتقال إلى الذمة تعذر المعين كالزكاة مثلاً ما دامت معينة بوجود نصابها لا تكون في الذمة، وإذا تلف النصاب بعذر لا يضمن نصيب الفقراء، ولا ينتقل الواجب إلى الذمة، وكذلك الصلاة إذا تعذر فيها الأداء بخروج وقتها لعذر لا يجب القضاء، وإن خرج لغير عذر ترتبت في الذمة ووجب القضاء ولا يعتبر في القضاء التمكّن من الإيقاع أول الوقت خلافاً للشافعي كما لا يعتبر في ضمان الزكاة تأخر الجائحة عن الزرع أو الثمرة لعذر من الوجوب.

وكما لو باع صبرة وتمكّن من كيلها ثم تلفت الصبرة من غير البائع فإنه لا يخاطب بالتوفية من جهة أخرى، ولا ينتقل الصاع للذمة، ولذلك أجمعنا في المسافر يقيم والمقيم يسافر على اعتبار الوقت.

ابن الشاط على قوله: بل يتعلق الحكم فيه بالأمر الكلية و الأجناس المشتركة إن أراد الحكم يتعلق بالأمر الكلية من حيث هي كلية فليس ذلك بصحيح وإن أراد أن الحكم يتعلق بالأمر الكلية أي بواحد غير معين منهما فذلك صحيح.

وقال على قوله: وهذا الفرق بين هاتين القاعدتين - إلى قوله - فهو في الذمة ما قاله هنا غير صحيح، فإنه لا فرق بين الأداء والقضاء في كون كل واحد منهما في الذمة، فإن الأفعال لا تتعين إلا بالوقوع، وكل فعل لم يقع لا يصح أن يكون معيناً، وأما قوله: من أن الفعل المؤقت معين بوقته، لا يفيد المقصود

فإنه إن كان معينا بوقته أي وقته معين بمكانه، وسائر أحواله.

وعلى قوله: والقاعدة أن من شرط الانتقال إلى الذمة - إلى قوله - ووجب القضاء تسويته بين الصلاة، والزكاة.

ليست بصحيحة فإن الزكاة حق واجب في المال المعين فالحق متعين، بمعنى أنه جزء لمعين وأما الصلاة فليست كذلك فإنها فعل، والأفعال لاتعين لها ما لم تقع.

ثم قال القرافي في إثر الكلام السابق: وهذا الفرق قد خالفته المالكية في الصورتين.

إحدهما في النقدين عندنا لا تتعين بالتعيين، وإنما تقع المعاملة بهما على الذم وإن عينت إلا أن تختص بأمر يتعلق به الغرض كشبهة في أحدهما، أو سكة تاريخية دون النقد الآخر، ولو غصب غاصب دينارا معينا فله أن يعطي غيره مثله في الحل ويمنع ربه من أخذ ذلك المعين المغصوب، وعلل ذلك أصحابنا بأن خصوصات الدينانير والدراهم لا تتغير بها الأغراض فسقط اعتبارها في نظر الشرع، فإن صاحب الشرع إنما يعتبر ما فيه نظر صحيح، ولزمهم على ذلك سؤالان: أحدهما: أنه يلزم أن أعيان الدينانير والدراهم لا تملك أيضا، لأجل أن للغاصب المنع من المعين، وكذلك المشتري في العقود، ولو كانت الخصوصات مملوكة لكان لصاحب المعين المطالبة بملكه، وأخذ المعين من الغاصب، والمشتري فلا يكون المملوك عندهم إلا الجنس الكلي

دون الشخصي ومتى شخص من الجنس شيء لا يملك خصوصه ألبتة، وهو أمر شنيع.

وثانيهما: أنا اتفقنا على أن الصيعان المستوية، والأرطال المستوية من الزيت تملك أعيانها، وأنها تتعين بالتعين مع أن الأغراض مستوية في تلك الأفراد فهي نقض عليهم.

ولهم الجواب عن الأول: بالتزامه، والشناعة لا عبرة بها من غير دليل شرعي وقد تمسكوا بدليل صحيح، وهو أن الشرع لا يعتبر ما لا غرض فيه، وهذا كلام حق.

وعن الثاني: الفرق بين النقدين وغيرهما فإنهما وسائل لتحصيل الأغراض من السلع والمقاصد إنما هي السلع، وإذا كانت السلع مقاصد وقعت المشاحات في تعييناتها، بخلاف الوسائل اجتمع فيها خستان: إحداهما: أنها وسائل.

والثانية: عدم تعلق الأغراض بخلاف المقاصد فيها خسة واحدة، فظهر الفرق واندفع النقض.

ابن الشاط: السؤالان واردان، والجواب عنهما ليس بصحيح.

أما الأول: فلا خفاء ببطلانه، وكيف يسوغ لعاقل التزام ما لا يصح ولا يعقل وهل يشك أحد في أن من ملك دينارا ملك عينه، وكيف يصح أن يملك الجنس الكلي وهو ذهني عند مثبتته ثم على قولنا فيه يلزم أن من ملك دينارا لم يملك عينه، ولا جنسه لبطلان القول به فيلزم أن من ملك دينارا أو غيره من

النقود ولم يملك شيئاً على هذا القول أو يقع الشك في أنه ملك أو لم يملك عند من شك في الأجناس، وهذا كله خروج عن المعقول لا شك فيه.

وأما الثاني: فلا أثر للفرق، لاحتمال أن يكون لصاحب ذلك العين غرض فيه وإن لم يكن ذلك الغرض من الأغراض المعتادة، فالصحيح تعيين النقدين بالتعيين، ولزوم رد المغصوب منهما بعينه، إلا أن يفوت فيلزم البدل.

القرافي أثر الكلام السابق: الصورة التي خالف فيها المالكية الفرق إذا كان له على رجل دين فأخذ منه ما يتأخر قبضه كدار يسكنها، أو ثمرة يتأخر جذاذها وعبد يستخدمه، أو نحو ذلك، قال ابن القاسم، لا يجوز ذلك لأنه فسخ دين في دين لأن هذه الأمور لما كانت يتأخر قبضها أشبهت الدين، وفيها مفسدة الدين من جهة أن فيها المطالبة.

وقال أشهب: يجوز ذلك، وليس هذا فسخ دين في دين بل دين في معين وعلى هذا المذهب يطرد الفرق، وإنما تحقق مخالفته في القول الأول.

ابن الشاط: ما قاله من أن مخالفة الفرق إنما هو في الفرق الأول صحيح.

هل ينقل الحكم بعيد نية هل ينقل الحكم بعيد نية
تبدلت لا اليد كالوكيل تسلف المحوز في التمثيل

أي تبدل النية مع بقاء اليد على حالها هل يتبدل الحكم بتبدلها أم لا؟
وعليه بيع الوكيل من نفسه بثمن المثل، وقد مر وحبسه المال على موكله ولم يحركه وفي معناه المودع والملتقط والمقارض ينوي كل واحد منهم اختزال ما

بيده، ولا يفعل بالتضامن.

وعليه أيضا لو أسلف الوصي اليتيم من عنده مالا، وقبض سلعة من سلع اليتيم من نفسه واعتقد بقاءها في يده رهنا فيما أسلفه، فابن القاسم، لا يراه حوزا، لأنه لا يجوز من نفسه لنفسه، ولم يحصل له إلا بنية تبذلت.

وأشهب يراه حوزا إذا أشهد، وما أشبه ذلك، كصرف الوديعة، والرهن فإن قلنا بالتبذل جاز، لأنه قبض الآن لنفسه، وإن قلنا بنفيه امتنع للتأخير حتى يقبض لنفسه، وهو المشهور.

وضمنان السلعة المشتراة شراء فاسدا إذا هلكت بيد المشتري وقد كانت في أمانته قبل وبيع الطعام المقبوض على تصديق المسلم إليه بخلاف بيع النقد، فإنه جائز، والقرض فإنه ممنوع.

وكما إذا نوى بعد السنة تملك اللقطة فنقصت، فجاء ربها فله أخذها أو قيمتها قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: إذا تبذلت النية واليد على حالها هل يتبدل الحكم أو لا؟ قولان للمالكية، وعليهما القولان في صرف الوديعة، فإن قلنا بالتبذل جاز، لأنه قبض الآن لنفسه، وإن قلنا بنفيه امتنع للتأخير حتى يقبض لنفسه، فإن كانت حاضرة جاز على القولين، أو نقول: إن قلنا بالأول قدرنا كأنه تسلفها الآن ثم صارف وهذه طريقة الباجي إلا أن هذا يوجب المنع في المصوغ إلا أن يحضر، وإن قلنا بالثاني امتنع انتهى.

وقد تقدم ذكر هذه القاعدة عند قول المؤلف: وهل يقدر كائنين واحد لرجوعها إليها، كقاعدة: هل تكون اليد الواحدة قابضة دافعة لا؟ ابن بشير: اختلاف المالكية في اليد الواحدة هل تكون قابضة دافعة أو لا؟ هو الذي يعبر عنه أصحابنا باختلاف النية هل يؤثر مع بقاء اليد أو لا؟ وسيأتي الكلام على هذا الأصل إن شاء الله.

وتقدير كلام المؤلف هل ينقل الحكم بعد نية تبدلت دون السيد كمسألة الوكيل وتسلف المال المحوز كائن في التمثيل، أي من جملة فروع هذا الأصل. قوله: لا اليد عطف على فاعل تبدلت.

ص هل شفعة بيع أو استحقاق عليه بذر من له إلحاق
كتركها الوصي والأخذ بنظر

ش أي الشفعة هل هي بيع أو استحقاق؟ اختلفوا فيه، والمشهور الأول وعليه من ابتاع شقصا قد بذره البائع هل يدخل البذر في الشفعة، وهو الأصح أم لا؟ وكذا إن بذره المبتاع ولم ينبت، فعلى أنها بيع فلشبيع، وعلى أنها استحقاق فللمبتاع.

وتفصيل ذلك أن الأرض المبدورة تشفع، ولم ينبت بذرها، وكان الباذر البائع فعلى أن الشفعة من ناحية البيع فالبذر للشبيع على قول بالشفعة في الزرع وعلى القول الذي يرى أن لا شفعة في الزرع وهو المشهور لا يأخذ

الأرض خاصة الشفيع بالشفعة حتى يبرز الزرع إذ لا يصح أن للرجل أن يبيع أرضه ويستثني البذر، وعلى أنها من ناحية الاستحقاق يأخذ الأرض خاصة بما ينوبها من الثمن، وإن كان الباذر البائع شفيع الأرض بالثمن على أن الشفعة من ناحية الاستحقاق ويبقى البذر لباذره، وعلى أنها من ناحية البيع فلا يشفع إلا بعد بروز الزرع كما ذكر، وقيل: يأخذه مع الأرض بقيمته على الرجاء والخوف بمنزلة السقي والعلاج في الثمرة وإن كان الباذر غيرهما من مكتر ونحوه بقي البذر لباذره وشفيع الأرض بجميع الثمن من غير إشكال، وكذلك إن طرأ على الأرض والبذر قد نبت لا يخلو من الثلاثة الأحوال، غير أن الوجهين يستوي الحكم فيهما، وهو أن يكون البذر للمبتاع أو للأجنبي فيأخذ الشفيع فيهما الأرض دون الزرع بما ينوبها بجميع الثمن على قول الثاني الذي لا يرى الشفعة في الزرع، وإن كان من البائع أخذها فقط بما ينوبها من الثمن، وقيل: أخذه معها بجميع الثمن بناء على الخلاف في الشفعة في الزرع.

وأما إن طرأ الشفيع بعد أن يبس الزرع فلا شفعة فيه، ويأخذ الأرض بجميع الثمن إن كان البذر للمبتاع، أو لأجنبي، وإن كان البذر للبائع أخذ الأرض بجميع الثمن ونص في البيان على أن المشهور من المذهب أن الشفعة تجري مجرى البيع لا كالأستحقاق.

وعليه الوصي إذا ترك الأخذ بالشفعة لمن إلى نظره، والأخذ نظر فلأبي عمران وهو ظاهر المدونة وهو نص في المجموعة، أنه لا شفعة للمحجور إذا رشد لأنه لا يلزمه أن يتجر له فجعلها من ناحية البيع.

لابن فتوح، الأخذ بالشفعة فجعلها استحقاقا وعليه أيضا من ابتاع شقصا من دار وعروض صفقة، والشقص جل الصفقة فهل للمبتاع رد العرض على البائع إذا أخذ الشفيع بالشفعة، لاستحقاق جل الصفقة، بناء على أنها استحقاق أو لا؟ لأنها بيع مبتدأ.

وعليه أيضا هل يشفع قبل معرفة ما ينوب الشقص من الثمن أم لا؟ فعلى أنها بيع لا، وعلى أنها استحقاق نعم، وهذا اختيار اللخمي، والأول اختيار عبد الحق وعليه لو اختلعت لزوجها بشقص هل للشفيع الشفعة قبل معرفة القيمة أم لا؟ وعليه من ابتاع دارا ثم استحق شقصا منها بعد أن نقضها المبتاع، وباع النقض هل يفوت النقض بالبيع أو يأخذ الشفيع الشفعة بما ينوبها من الثمن، أو لا تفوت الأنقاض بالبيع، وللشفيع أخذها بالشفعة من يد مشتريها من مشتري الدار الناقض لها فعلى أنها بيع تفوت الأنقاض بالبيع، وعلى أنها استحقاق لا تفوت بالبيع.

قال في إيضاح المسالك: تنبيه: قالوا ولا يلزم المفلس أن يشفع وإن كان في الأخذ بالشفعة ربح، لأنه تكسب وتجرب، وهو غير لازم، ولأنه تلزمه العهدة بالشفعة، والجاري على أنها استحقاق اللزوم، فانظره.

قوله: عليه بذر أي على هذا الأصل مسألة بذر الأرض، وقوله: من له إلحاق من استفهامية، والمعنى أي أحد له إلحاق البذر بماله الشفيع أو المبتاع، ويشبه أن تكون هذه الجملة بدلا من بذر كقوله:

إلى الله أشكو بالمدينة حاجة وبالشم أخرى كيف يلتقيان

أي أشكو تعذر التقائهما، وكذلك التقدير هنا عليه من له إلحاق، أي عليه تعيين من له البذر أيشفع أم المبتاع.

قوله: «كتركها الوصي» الضمير للشفعة، والوصي فاعل المصدر، وهو ترك أضيف إلى المفعول وكمل بالفاعل وجملة والأخذ نظر حال من الفاعل أو المفعول ولو قال الولي بدل الوصي لكان أشمل.

ص هل قسمة تمييزا أم بيع حضر
في قسم أضحية ومعدن وما أشبه ذين من فروع علما

ش أي القسمة هل هي تمييز حق أو بيع؟ وعليه قسم الورثة أضحية مورثهم أو انتفاعهم بها شركة وجواز قسمها رواية مطرف وابن الماجشون عن مالك، وعيسى عن ابن القاسم، ومنعه في كتاب محمد.

وعليه أيضا قسمة الشركة فيما ملكاه من معدن الذهب والفضة كيلا، فإن قلنا هي بيع من البيوع فيحاذر فيه الوقوع في الربا فلا يجوز، لأنه قد يصفو لأحدهما أكثر مما يصفو للآخر، أو أقل، وإن قلنا بأنها تمييز حق فيتساهل في ذلك.

وكذا ينبني على هذا الأصل أيضا ما أشبه ذلك كما إذا اقتسما ثمرا في رؤوس الشجر وأوجيح ما أخذ أحدهما، فعلى أنها تمييز لا جائحة، وعلى أنها بيع يوضع فيه الجائحة وهو ظاهر قول ابن القاسم.

وكما إذا اقتسما الأصول دون الثمر، ثم اقتسما الثمر فجاء ثمر هذا في

أصله هذا فعلى أنها تميز السقي على صاحب الثمرة وهو قول سحنون وعلى أنها بيع السقي على صاحب الأصل، وهو ظاهر قول ابن القاسم في المدونة ثم هذا الخلاف إنما هو في قسمة الحكم والإجبار، وهي قسمة القرعة، وفي قسمة المراضاة بعد التعديل والتقويم، وأما المراضاة بغير تعديل وتقويم فلا خلاف في كونها بيعاً من البيوع.

الشيخ أبو الحسن: واختلف في الوجه الأول على ثلاثة أقوال: فقليل: إنها تميز حق.

وقيل: إنها بيع من البيوع.

والقول الثالث: الفرق بين قسمة القرعة بعد التعديل والتقويم، فتكون تميز حق وبين قسمة مراضاة بعد التعديل والتقويم فتكون بيعاً من البيوع.

قال بعض الشيوخ: وهذا هو الصواب.

عياض: وهو تميز حق على الصحيح من مذهبنا وأقوال أئمتنا، وإن كان أطلق عليها مالك أنها بيع، واضطرب فيها قول ابن القاسم، وسحنون ولا خلاف في لزومها إذا وقعت على الوجه الصحيح.

قال بعض الشيوخ: اختلف هل هي بيع أو تميز حق ولا شك إذا ورثا فدانين فأخذ كل واحد منهما فداناً أن نصف الفدان له بالأصل والنصف الآخر عوض عن النصف الذي له في الفدان الآخر، فهل يغلب حكم المعاوضة فتكون بيعاً أو لا، فتكون تميز حق؟ الشيخ أبو الحسن: إذا نظرت إلى الجبر فيها أشبهت

أن تكون تمييز حق وإن نظرت إلى المعاوضة أشبهت أن تكون بيعا انتهى.

بعض الشيوخ: يظهر لي أن هذا الخلاف مبنى على الخلاف الذي في تمييز الجزء المشاع فمن قال هي تمييز حق بناء على أن الجزء المشاع يتميز، ومن قال هي بيع بناء أنه لا يتميز.

قوله: «صدر» أي وقع، فهي نعت لبيع وفي بعض النسخ حضر، وذلك قريب.

قوله: «في قسم اضحاة» متعلق بعلم أي علم هذا الأصل في قسم اضحاة- إلى آخره-.

قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: اختلف المالكية في القسمة هل هي بيع أو تمييز حق فإذا اشترى أحد الورثة قدر ماله من الحلبي وكتبه على نفسه وتفاصيلوا فإن قلنا بالتمييز جاز، وإن قلنا بالبيع امتنع لتراخي المحاسبة.

قال في المدونة: ولأنه لو تلف بقية المال لرجع عليه المشتري فيما أخذ.

هل تقبض اليد وتدفع معا	وهل يكون قابضا ما صنعا
كمال محجور لأول عرف	للثان أجر صنع مصنوع تلف

ش اشتمل كلامه على أصلين: الأول: اليد الواحدة هل تكون قابضة نافعة؟ وعليه مسألة الولي على محاجير ببيع طعام أحدهم من الآخر ثم ببيعه أيضا من آخر من غير قبض آخر حسي، فقد صارت يده قابضة دافعة.

ابن الحاجب: ولا يقبض من نفسه لنفسه إلا من يتولى طرفي العقد كالأب في ولديه و الوصي في يتيمة.

ابن عبد السلام: وفي النفس شئ من جواز هذه المسألة ولا سيما والصحيح في المذهب أن النهي عن البيع الطعام قبل قبضه متعبد به، وأصول المذهب تدل على جريان الخلاف فيها والأقرب منعها انتهى وسلمه في التوضيح وقال ابن عرفة: قوله: في النفس من ذلك شئ، ليس كذلك لوضوح جريه على قوله في المدونة: وإن اشتريت طعاما فأكلته لنفسك ورجل واقف على غير موعد فلا بأس أن تبيعه منه على كيلك، أو على تصديقك في الكيل إن لم يكن حاضرا ولم يكن بينكما في ذلك موعد.

قال ابن عرفة: فعلم المبتاع كيله بحضوره ودوام علمه بعد شرائه يتنزل منزلة كيله إياه بعد شرائه فيلزم مثله في مسألتي الأب والوصي.

ابن يونس: قال محمد: وروى أنه لا يأخذه بحضوره كيله ولا تصديقه فيه.

قال في المدونة في الرهن: وليس للوصي أن يأخذ عروض اليتيم بما أسلفه رهنا إلا أن يكون تسلف لليتيم مالا من غيره أنفق عليه، ولا يكون أحق بالرهن من الغرماء، لأنه حائز من نفسه لنفسه، وهو والغرماء في ذلك سواء وعورضت بجواز حوزة من نفسه لنفسه إذا تصدق بدار على يتيمة.

وأجاب أبو إبراهيم: بأنه في مسألة الرهن حاز من نفسه لنفسه وفي مسألة

الصدقة حاز من نفسه لغيره، وعلى هذا لو حاز من يتيم ليتيم آخر جاز وهو اختيار اللخمي، خلاف ما حكاه عبد الحق عن بعض شيوخه.

قال عبد الحق: ولا تعارض مسألة الرهن هذه بما وقع في المدونة، ولا بن عم ونحوه تزويجها من نفسه بذلك وترضى وتولى الطرفين لأن هذا لا بد فيه من رضاها فإن كان مجبرا فلا بد من رضى الحاكم.

ومن جملة ما يكون فيه الحق من نفسه لنفسه إذا ارتهن مستأجرا عنده أو مساقا في يده أو دينا في ذمته وقد مر أن هذه القاعدة ترجع إلى قاعدة اعتبار جهتي الواحد فيرجع اثنين وقد تقدمت فروعها.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: اختلف المالكية في اليد الواحدة هل تكون دافعة قابضة أو لا؟ ابن بشير وهو الذي يعبر عنه أصحابنا باختلاف النية هل يؤثر مع اتحاد اليد أو لا؟ وعليه الخلاف في بيع المقبوض على التصديق على ذلك.

وعليه جواز اقتضاء طعام المسلم على تصديق المسلم إليه، بخلاف بيع النقد فإنه فيه جائز، والقرض فإنه ممنوع انتهى.

قال بعض الشيوخ: فتأمله فهو الذي رد به ابن عرفة على ابن عبد السلام.

وقال عز الدين في قواعد: يقوم الواحد مقام الاثنين في مسائل منها: بيع الأب من ابنه المحجور واشتراؤه منه.

ومنها: من قدر على عين ما غصب، له أخذه، فقام مقام قابض ومقبض.
ومنها: المضطر في المخمصة إذا وجد طعام أجنبي أخذه، فقام مقام مقرض ومقترض.

ومنها: الملتقط يتملك اللقطة فقام مقام مقرض ومقترض.

ومنها: تملك الغانمين الغنيمة وأكلهم وعلف دوابهم.

ومنها: تملك السارق ما سرقه من دار الحرب.

ومنها: تملك الإمام بإرقاق رجال المشركين.

قوله: «كمال محجور لأول عرف» الكاف اسم مبتدأ وخبره عرف، وبه يتعلق الأول أي مثل محجور عرف لأصل أول، ولو عرفه باللام منقول حركة الهمزة لكان أحسن ويحتمل أن يكون مبنيًا على الضم منوى المضاف إليه أي عرف لأول الأصلين السابقين، ويدل على هذا التقدير تعريف الثاني بعده، ويدخل تحت هذا الأصل شراء الوصي من مال يتيمه، وشفعته له من نفسه، وتولى طرفي عقد النكاح وشبه ذلك.

الأصل الثاني: المصنوع هل يكون قابضًا للصنعة وإن لم يقبضه ربه أو لا يستقل بقبض الصنعة إلا بقبض ربه.

و عليه خلاف ابن المواز و ابن القاسم في وجوب الأجرة إذا ثبت ضياع

المصنوع و هي مسألة تلف المصنوع عند الصانع المنتصب بعد حصول الصنعة فيه هل على ربه الأجرة و هو قول ابن المواز بنا على أن المصنوع قابض للصنعة، أو لا أجرة عليه و هو قول ابن القاسم، بناء على أن المصنوع لا يكون قابضاً للصنعة.

هي وهل على أمانة يخرج ما بذمة بالأمر كالد أسلماً
و أمر الغريم بالكي فضاء بعد بزعم كقراضه و بـاع

ش أي الأمر هل يخرج ما بالذمة إلى الأمانة فيرتفع الضمان أم لا؟

ابن بشير: و هما على الخلاف المتقدم في كون النية مؤثرة مع بقاء اليد، و يقال أيضاً من أمر أن يخلي ذمته و يخرج إلى أمانته هل يبرأ بذلك أم لا؟.

و عليه من قال لمن أسلم إليه في طعام: كله لي في غرائرك، فقال: كلته و ضاع و لم تقم بينة على الكيل و مذهب المدونة الضمان فإن قامت بينة أو صدقه فلا ضمان، و من أمر أن يصرف ديناً عليه و يعمل به قراضاً و هو لا يجوز فإن فعل ثم ضاع، فعلى إن من أمر بالإخراج من الذمة إلى الأمانة لا يبرأ بذلك يلزم المقارض الضمان و هو مذهب المدونة و على أن يبرأ لا يلزمه ضمان و هو مذهب أشهب.

و عورضت مسألة الغرائز المذكورة بقوله في الوكالات: من أمر أن يشتري لؤلؤاً و يدفع فقال: اشترت و ضاع، القول قوله و الصحيح عند شيوخ المدونة أنه اختلاف قول إذ لا فرق بين عمارة الذمة و إخلائها. و فرق بعض القرويين بينهما بأن الضياع في مسألة اللؤلؤ إنما هو في عوض ما ترتب في

الذمة، وفي مسألة الغرائز الضياع فيما ترتب في الذمة، ويوافق مسألة اللؤلؤ في الحكم قوله في كتاب الدور والأرضين : من اكترى دارا فأمر أن يسطح من كرائها، فقال : فعلت يصدق إن كانت مرة جديدة، ويوافقها أيضا قوله في كراء الرواحل : من أمر بتبليغ كتاب فقال : فعلت: يصدق إن كان الأمر يبلغ فيه و يوافق مسألة الغرائز قوله في البيوع الفاسدة: و إن أمرته أن يكيلها لك في غرائك ، أو في غرائره و أمرته أن يرفعها و فارقته، فزعم أنه فعل و أنها ضاعت ، فإن صدقته في الكيل ، أو قامت له بينة صدق و إلا فلا.

و مسألة القراض المذكورة تخالف مسألة اللؤلؤ، و مسألة كتاب الدور و الأرضين المذكورة.

قال في المدونة في مسألة القراض بدين على القارض (....) إلا أن يقبضه منه ثم يعيده فجعل التهمة تزول بالقبض و إن عاد إليه بالقرب. و نحوه قوله في السلم الأول : من له على رجل دين فقال له : أسلمه في طعام لم يجز حتى يقبضه منه ثم يرده إليه و خلافهما قوله في الصرف: من قبض من رجل ديناً له عليه فلا يعده إليه مكانه سلماً في طعام أو غيره و فيه من أسلم إلى رجل دراهم ثم قضاها ديناً له عليه بحديثان ذلك لم يجز.

أبو الحسن الصغير : والفرق أنه في مسألتني القراض و السلم أخرج من ذمة إلى أمانة و في مسألتني الصرف من ذمة إلى ذمة. و قريب منه لأبي محمد اللولي و في طرة من الأم بخط المؤلف على هذا المحل و من فروع هذا مسألة عزل عشر زرع ، و إنفاق كراء دار في مرمتها ، و مستأجر على تبليغ كتاب و مبتاع سلعة بثمان على أن يتجر به سنة أنظر الزكاة و الدور و الرواحل و الإجازات ، و من

عليه دين فقال له ربه : ابتع لي عبدا به فقال له بعد : قد فعلت .

ابن القاسم : يصدق ، غيره : لا . انتهى .

و تقدير كلام المؤلف و هل يخرج ما بدمه الى أمانة بالأمر ، كالذي أسلم في طعام و أمر الغريم و هو المدين بالكيل في الغرائر فضاع المكيل بعد ، أي بعد الكيل بزعم من المدين أي لم تقم على الكيل بينة .

قوله : " كقراضة " أي قراض الغريم الذي هو المدين ، و باع أي عمل به .

قال القاضي أبو عبد الله المقري : قاعدة : اختلف المالكية في الأمر هل يخرج ما في الذمة الى الأمانة فيرتفع الضمان أو لا ؟ .

كمن أمره أن يصرف دينا له عليه و يعمل به قراضا ، فهذا لا يجوز فإن

فعل ثم ضاع فعلى القاعدة ، و كمن قال لمن أسلم إليه في طعام : كله في غرائرك ، فقال : كلته ، و لم تقم بينة .

ص وهل إلى صحيح أصله يرد أم نوعه ما استثني الذي فسد

ش يعني و هل المستثنى الفاسد يرد إلى صحيح أصله أم إلى صحيح نوعه؟ فيه خلاف . وعليه القراض الفاسد هل يرد إلى إجارة المثل و هو صحيح أصله، لأن أصله الإجارة، و هو مروى عن مالك، و به قال ابن حبيب وجماعة خارج المذهب أو إلى قراض المثل و هو صحيح نوعه و هي رواية أشهب و قوله، و قول ابن الماجشون و سابع الأقوال لإبن القاسم و هو المشهور و ما فسد لزيادة أحدهما أو يشترط رب المال ما يخرج إلى نظره فأجره المثل و ما عداه كضمان المال، أو تأجيله فقراض المثل .

و كذا ينبني عليه المساقاة الفاسدة هل ترد إلى صحيح أصلها فيكون فيها إجارة المثل و هو الأتي على الأول في القراض، أو إلى صحيح نوعه فيكون فيهما مساقاة المثل و هو الجاري على قول أصبغ و في المقدمات قول ثالث .

و لإبن القاسم إن خرجا عن معنى المساقاة كاشتراطه زيادة من عين أو عرض، فأجرة المثل، و إن لم يخرجوا كمساقاته مع ثمر أطمع أو اشتراط عمل ربه أو مساقاة مع بيع صفقة، أو سنة بكذا و سنة بكذا، فمساقاة المثل .

و القولان الأولان في القراض الفاسد هما الجاريان على القياس، و باقي الأقوال السبعة استحسان، و الحاصل أن صورة الفساد إن أبعدت العقد عن

معنى القراض كثيرا رجع الأمر إلى الإجارة وألغى قصدهما إلى القراض، وإن كان الخروج عن معنى القراض قريبا ردد إلى قراض المثل، والإختلاف في أحاد الصور اختلاف في شهادة، وكذا المساقاة الفاسدة.

ابن الحاجب: في قرض الجارية فإن وطئ وجبت القيمة على المنصوص، وقيل: المثل، بناء على أن المستثنى الفاسد يرد إلى صحيح أصله أو صحيحه.

ابن عبد السلام: أي هل يصح برده إلى الأصل المستثنى منه أورد إلى صحيح نفسه.

ابن هارون: أي يرد إلى صحيح أصله وهو البيع الفاسد أو إلى صحيحه وهو القرض الصحيح.

ابن عرفة: وحكى بعض من لقيناه أن الأشياخ بتونس كانوا يعبرون عن هذا في إقرائهم مذاكراتهم هل يرد إلى فاسد أصله أو صحيح نفسه.

قال: وكان بعض فقهاء طرابلس ينقد عبارتهم هذه، ويقول: كيف يرد الفاسد لفاسد أصله فيصحح الفاسد بالفاسد.

ابن عرفة: وكنت أجبته بأن قولهم ذلك على حذف مضاف دل سياق عليه تقديره إلى تصحيح فاسد أصله. والتصحيح به لو حمل الكلام عليه عندي أصوب من عبارة ابن الحاجب لتعذر صدق ظاهرها رده إلى نفس صحيح أصله وصحيح أصله إنما حكم إمضائه بالثمن المسمى، وهذا في

القرض الفاسد متعذر تصورا وتصديقا، فتأمله انتهى.

قلت : وحاصله ميله إلى عبارة الأشياخ بتونس، وكذا خليل في التوضيح قال : والصواب لو قال : إلى فاسد أصله أو إلى صحيح نفسه، لأن الواجب في صحيح أصله الثمن لا القيمة صح منه.

وما أورد على العبارة أجاب عنه ابن عرفة بما سبق.

وكذا ينبني عليه القرض الفاسد هل يرد إلى صحيح أصله وهو قول أصبغ، وهذا هو المشهور أو إلى صحيح نوعه وهو القرض فيجب المثل وهو اختيار ابن محرز.

قال القاضي أبو عبد الله المقري : قاعدة : كل أصل متقرر في الشريعة جار على القياس فإن فاسد عقده يرد إلى صحيحه، فإن كان مستثنى عن الأصول وإنما أجزى رخصة فهل يرد إلى صحيحي ذلك المستثنى إذا فسد أو إلى صحيح ما استثنى منه، قولان للمالكية نظرا إلى تقرر حكمه أو فوات المقصود منه كالقرض والقراض والجعل والمساقاة.

وقال أيضا : قاعدة : إذا تأكدت أسباب الفساد في المستثنى بطلت حقيقته فرد إلى صحيح أصله وإن لم تتأكد لم تبطل فيعتبر هذا مثال الفرق بين ما يرد إلى القراض والمساقاة الفاسدين إلى إجازة المثل، وما يرد إلى قراض المثل ومساقاته وهو مشهور أقوال المالكية فيهما انتهى.

وتقدير كلام المؤلف، وهل ما استثنى، أعني الذي فسد يرد إلى صحيح

أصله أم إلى صحيح نوعه كالقراض الفاسد، هل فيه قراض المثل، وهو رده إلى صحيح أصلي أو إجارة المثل، وهذا رده إلى صحيح نوعه إذ القراض والمساقاة، والجعل مستثناة من الإجارة الممنوعة لما في الأولين من جهل الإجارة، وفي الأخير من جهل العمل، وكالقراض في العين والطعام لاستثنائه من ربا النسيئة في العينين، والطعامين، والضمان يجعل في العرضين إذ له رد العين ما لم يتغير وإن انتفع به وهو في ضمانه.

فصل

أي في تقسيم الشروط، لكن لم يتبين وجه إدخاله في هل الأصل قاعدتي الظن والشك، وإنما ذكرهما المقرري في فصل الطهارة.

هل شرط ما لا يقتضى الفاسادا	إن خالف الحكم اعتبارا قادا
كرجعة نفي الرجوع واعتصار	ونفيه ضمان رهن ومعار
ونفيه وشهروا لا في الذي	خالف سنة العقود فاحتذى
كمودع ضمن واكترا	وشبهه دين وابن زرب رأى
خلا تبرع بعيد العقد	والزم القراض بعد القيد
به ولا بن بشير التزامه	تلميذه نصره حسامه
وغيره أنكر ومنعا	ولكلا الرأيين مبنى سمعا

ش أي اشتراط ما يوجب الحكم خلافه مما لا يقتضى فسادا هل يعتبر أو لا وعليه اشتراط الرجعة في الخلع، فقيل: بائن للعوض، وشرطه لا ينفع وهو

مذهب المدونة.

وقيل : رجعية للشرط ، وهو عن مالك وسحنون ومن اشترط أن لا رجوع له في الوصية فاللتونسي في كتاب التدبير إعماله وللمتأخرين في إعماله ، ثالثها : يعمل في الوصية بالعتق لا غير .

ومن اشترط الاعتصار في الصدقة ، أو التزم عدمه في الهبة فلا بن الهندي والباجي في وثائقه إعمال الشرط في الصدقة ، وقيل لا .

ومن اشترط الضمان فيما لا يغاب عليه من العواري والرهان ، ونفيه فيما يغاب عليه منهما ففي المدونة إعمال شرط الضمان في الرهن ويتخرج فيه قول بالضمان ، ومالك وكثر من أصحابه عدم إعماله في العارية ويتخرج فيها قول بإعماله .

وعن ابن القاسم عدم إعمال شرط النفي في الرهن وعن أشهب إعماله .
وعنهما إعماله في العارية ، ولابن شاس عنهما عدم إعماله .

ومن اشترط الضمان في الوديعة والقراض والمستأجر ، ومن اشترط أن لا قيام بجائحة .

قال في إيضاح المسالك : تنبيه : نص الفقهاء «رضى الله تعالى عنهم» على أن التزام ما يخالف سنة العقود شرعا ، من ضمان أو عدمه ساقط على المشهور كالوديعة على الضمان والاكتراء كذلك ، وحمل القاضي محمد بن يبقى بن زرب «رحمه الله» ما قالوه على ما إذا كان الالتزام عند العقد ، حتى

يكون ذلك على الوجه المناقض للشرع، فيجب حينئذ أن يبقى الحكم تابعا للمشروع.

قال ابن زرب : فلو تبرع بالضمان وطاع به بعد تمام الاكتراء لجاز ذلك، قيل له فيجب على هذا القول الضمان في مال القراض إذا طاع به قابضه بالتزام الضمان.

فقال : إذا التزم الضمان طائعا بعد أن شرع في العمل فما يبعد أن يلزمه.

ونقل ابن عتاب عن شيخه أبي المطرف بن بشر: أنه أملى عقدا بدفع الوصي مال السفية قراضا إلى أجل على جزء معلوم، وأن العامل طاع بالتزام ضمان المال وغرمه وصحح ابن عتاب مذهبه في ذلك، ونصره بحجج بسطها وأدلة قررها ومسائل استدل بها، وقال بقوله فيها، واعترض غيره من الشيوخ ذلك وأنكره، وقال التزامه غير جائز.

وفي سماع ابن القاسم ما يشهد لصحة الاعتراض على ابن بشر وفي رسم الجواب ومن سماع ابن القاسم ما يؤيد صحة قوله. انظر أحكام ابن سهل انتهى.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: اشتراط ما يوجب الحكم خلافه هل يعتبر أو لا؟ اختلفوا فيه، كمن شرط الرجعة في الخلع، فقيل بآئن للعوض. وقيل: رجعية للشرط.

قوله: «هل شرط ما لا يقتضى الفاسد» - البيت - أي هل شرط ما ذكر

قدا أعتبارا أم لا؟ أي استلزم اعتبارا أم لا؟

قوله « واعتصار ونفيه » أي اعتصار الصدقة، ونفى اعتصار الهبة.

قوله « ضمان رهن ومعار ونفيه » أي ضمان مالا يغاب عليه من الرهن والعارية ونفي الضمان فيما يغاب عليه منهما. قوله « وشهروا لا في الذي خالف سنة العقود فاحتذى كمودع ضمن واكترا أي » شهر الفقهاء عدم الاعتبار في الشرط الذي خالف سنة العقود فاتبعهم واقتد بهم، كالوديعة أو الكراء على الضمان.

قوله: « وابن زرب رأى خلا تبرع بعيد العقد » أي وابن زرب رأى عدم الاعتراد إلا أن يتبرع بالشرط بعد العقد فإنه يعتبر.

قوله « والزم القراض بعد القيد به » إشارة إلى قوله في إيضاح المسالك: قيل له إلى آخره أي والزم ابن زرب بعد أن قيد الاعتبار بالطوع بعد العقد الضمان في مال القراض إذا طاع به قابضه.

قوله: « ولا بن بشر التزامه تلميذه نصره حسامه » أي ولأبي المطرف بن بشر شيخ ابن عتاب التزام ما ألزم ابن زرب من ضمان القراض إذا طاع به بعد العقد ولم يذكر المؤلف التزام ابن زرب بعد أن قيد الاعتبار لما ألزمه، لكن إنما التزم ابن زرب جواز الطوع إذا طاع بعد الشروع، وهو ظاهر، لأن القراض لا يلزم بالقول على المشهور والطوع بعد العقد وقبل الشروع في العمل كالشرط فتأمل. وتلميذه الذي نصر مذهبه هو ابن عتاب، وحسامه

بدل من تلميذه، أو من فاعل نصره، أو هو الفاعل، أي تلميذ ابن بشر نصر بن بشر حسامه، أي حسام ذلك التلميذ استعارة لابن عتاب لما بسط من الحجج وقرر من الأدلة التي هي لوضوحها وقوتها قاطعة للنزاع إذ الحسام السيف القاطع وعلى كونه هو الفاعل يكون مستعيراً للدليل الذي أقامه التلميذ.

قوله: «وغيره أنكره ومنعاً» إشارة إلى قول إيضاح المسالك: واعترض غيره من الشيوخ ذلك وأنكره، أو قال التزامه غير جائز.

قوله: «ولكلا الرأيين مبنى سمعاً» أي ذكر أولاً، وهو الأصل المتقدم، أو أراد بالمبنى ما مر من سماع ابن القاسم.

هو هل شرط ما يوجب الحكم منع كهبة وعدة وما نزع
لأم ولد إن تزوجت.....

ش قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: اختلف المالكية في تأثير اشتراط ما يوجب العقد في الفساد، واستقرئ تأثيره من قوله في المدونة: وإن باع سلعة بنصف دينار إلى أجل واشترط أن يأخذ به إذا حل الأجل دراهم لم يجز.

قلت: والقاعدة المعروفة له في المدونة أنه إنما ينظر إلى الأفعال لا إلى الأقوال ولذلك تلغى الدراهم التي ذكرها السمسار إذا كانت العادة أن البيع بالدنانير، أو اشتراط ذلك، وأما المسألة المتقدمة فوجهها أن جزء الدينار عنده ذهب فلا تتعين الدراهم، قبل الحكم، لإمكان أن يضرب ذلك الجزء كما في زمننا فيتفق عليه، فالبيع عليه معلوم، وعلى صرفه مجهول، وإن

عين الدراهم فصرف مستأخر فليس من شرط ما يوجبه الحكم مطلقا، وبهذا يقع الجواب عن قال: كيف تحكمون بجعل النقد في الشورة ويمتد الزوج بذلك مع الزوجة، وهو لو شرط ذلك لم يصح، والقاعدة أن العرف كالشرط والغالب مقدم على الأصل، ومن ثم قال عبد الحميد وغيره:

لو كان الغالب التعامل على الفساد لكان القول قول مدعيه كما وقع لسحنون في المغارسة وقيدوا بذلك، قوله في المدونة: أن القول قول مدعي الصحة كما نزلوه على أن الاختلاف في ذلك لا يؤدي إلى الاختلاف في زيادة الثمن ونقصانه فإن ادعى فحكمه حكم الاختلاف في قدر الثمن، قال المازري:

قال المتأخرون: كل معنى يؤدي إلى الاختلاف في الثمن فحكمه حكم الاختلاف فيه كالأجل وشرط الرهن، والحميل والخيار انتهى.

قوله: «كهبة» يعني هبة الثواب وذلك ما إذا قال: أهبك بشرط الثواب أو على أن تشيبيني ولم يعين الثواب، فصححه ابن القاسم، ومنعه عبد الملك ولو عين الثواب كان بيعا وإن وهب وسكت، وعلم منه قصد الثواب جاز اتفاقا فإذا شرط الثواب ولم يعين فقد شرط ما يوجبه العقد أن لو سكت عنه.

ووجه قول ابن القاسم: أن هبة الثواب مبنية على المكارمة: ولأن الشرط كالعرف ووجه قول عبد الملك أنه كبيع سلعة بقيمتها وذلك جهل بالثمن.

قال أبو عمرو بن الحاجب : وإذا صرح بالثواب فإن عينه فبيع وإن لم يعينه فصححه ابن القاسم، ومنعه بعضهم للجهل بالثمن ويدخل في الهبة من وهب لولده الصغير واشترط هو قبضه الصغير كرهه ابن القاسم، والحكم يوجب ذلك.

قوله: «وعدة» إشارة إلى بيع الدار في عدة الوفاة وذلك أنه لا يجوز للزوج بيع الدار في عدة الطلاق إن كانت بالإقراء ويجوز إن كانت بالأشهر للعلم بقدر العدة، ولذا يجوز في المتوفى عنها إذا لم يقع شرط زوال الريبة، فإن بيعت وارتابت فهي أحق بالمقام، وللمشتري الخيار في أن يرد أو يتماسك ويصبر إلى إنقضاء العدة.

وقال ابن القاسم في العتبية: لا خيار له وبه قال سحنون قال: لأنه كالذي دخل عليه والبيع بشرط زوال الريبة فاسد خلافا لسحنون والحكم كان يوجب ذلك أعني أنها تسكن إلى إنقضاء العدة وزوال الريبة، وهذه مسألة المؤلف.

قال الشيخ بن عرفة: وقول ابن الحاجب: والبيع بشرط زوال الريبة فاسد خلافا لسحنون، لأنه دخل على العدة.

قال الباجي: بناء على الخيار وإلا فلا أثر للشرط.

ظاهره أن قول سحنون نص له، وليس كذلك، إنما هو تخريج للباجي على قول سحنون، كذا هو للباجي، وهو بناء على أن كل ما يقتضيه العقد يجوز

شرطه وفيه بحث تقدم في الصرف .

قوله «وما نزع، لأم ولد إن تزوجت» هي من أوصى لأم ولده بألف على أن لا تتزوج، والحكم أنها إن تزوجت نزعت منها الألف وردت للورثة، ولم يراع سلف جر نفعا، ولو شرط أنها إن تزوجت نزعت، فسد، لأنه سلف جر نفعا، فجعل الشرط يفسد، وهي في الوصايا الأول في المدونة.

و في طرة بخط المؤلف على قوله في مختصر المنهج: هل لذي وفاق معتبر، أي شرط صاحب وفاق للحكم، بمعنى أن شرط ما يوجبه الحكم هل يعتبر أم لا؟ كشرط بقاء ذات عدة في دار الميت على مشتريها طولها، وإيضاء بألف لأم ولد على أن لا تتزوج فترد للورثة إن تزوجت، و لم يراع نفع سلف بخلاف شرط الرد و نحو ذلك.

قوله «لأم ولد» هو بسكون لام ولد لضرورة الوزن وهو يضم الواو و سكون اللام لغة.

يوفى بشرط لا يضيء أم بطل	ص وهل
كضامن و مشتتر بعينه	كثمر شيء نسله بعينه
كثيب بيعت فالغى بكرا	والرهن بالتعيين فيها كالكرا
وشبهها تخريج لخمى يبين	والعبد والوكيل إلا ليمين
صححه نجل بشيرو يرى	في الخلع الاختلاف مما ذكر
.....	غيره فائدة الخوف.....

شئ أي اشتراط ما لا يفيد هل يجب الوفاء به أم لا ؟ .

وعليه إذا أراد من أسلم إليه في ثمر حائط بعينه أو نسل حيوان بعينه أن يعطي الثمر و النسل من غيرهما على الصفة .

و إذا باع على حميل بعينه غائب فلم يرض الحميل ، و رضى المشتري أن يأتي بحميل مثل الأول ، هل يلزم البائع قبوله ، إذا كان مثله في الثقة و الوفاء و قلة اللدد أو لا .

و إذا باع بدنانير أو دراهم بعينها ، فأراد المشتري أن يعطيه غيرها هل له ذلك أو لا .

و إذا باع على رهن بعينه غائب فهلك الرهن في غيبته فهل للمبتاع أن يأتي برهن سواء ويلزمه البيع أو لا ؟ و هو المشهور و مذهب المدونة فيهما أن لا و هما على القاعدة و اشترط المكري داره على المكتري أن لا يسكن داره إلا بعدد معلوم فأراد المكتري الزيادة في العدد فهل يمكن من ذلك إن لم يلحق صاحب الدار منه ضرر أم لا ؟ .

و من اشترى أمة على أنها ثيب فألفاها بكرا ، أو عبدا أميا فألفاه كاتبا ، أو جاهلا فألفاه عالما .

و إذا و كله على البيع بعشرة فباع بإثني عشر أو قال : بع بنسيئة فباع بنقد ، هل له الرد أم لا ؟ .

المقري: و الحق أن لا رد للعادة إلا أن يتبين غرضه في النسيئة و من خالعه على ثلاث فطلق واحدة، و المذهب أن لا كلام لها، و صحح ابن بشير تخريج اللخمي الخلاف على القاعدة، و اختار بعضهم أنه شرط يفيد تقية غلبة الشفاعة لها في مراجعته على كراهة منها، هذا نص إيضاح المسالك، و عنى بالبعض المقري و ابن عبد السلام و علل ابن الحاجب لزوم الخلع بأن مقصودها قد حصل يعني البيونة.

ونص اللخمي: وكذلك إن أعطته على ان يطلقها ثلاثا فطلقها واحدة، ينظر فإن كان عازما على طلاقها واحدة كان لها إن ترجع بجميع ما أعطته لأنها لاثنين أعطته، وإن كان راغبا في إمساكها فأعطته على أن يطلقها ثلاثا جرت على قولين فيمن شرط شرطا لا ينفعه هل يوفى له به أم لا؟ ابن عبد السلام في قوله جرت على قولين في شرط ما لا يفيد: قد يقال في هذا الوجه إنه من شرط ما يفيد لأنه إن كان راغبا فيها وهي كراهة كان مقصودها من إعطاء العوض البعد عنه على أتم الوجوه بحيث لا يبقى له فيها طلب وذلك وإنما يحصل مع الثلاث، وأما الواحدة فقد يتوسل إلى مراجعتها بمن لا يمكنها رده انتهى.

المقري: ولقائل أن يقول إن هذا يفيد تقية غلبة الشفاعة، لها في رجعته على كراهة منها انتهى.

وعليه أيضا تعيين الدنانير والدراهم بالتعيين وإليه أشار بقوله: «ومشتر

بعينه» ويحتمل أن يكون ضمير بعينه عائداً على الضامن، فيكون إشارة إلى ما إذا اشترى على ضامن بعينه فلم يرض وحاصل الثلاثة من شرط عليه رهن بعينه أو ضامن بعينه أو نقد بعينه هل له أن يعطى غير المعين أم لا؟.

قوله: «كثمر شئ نسله بعينه» ثمر بالثاء المثثة وسكن ميمه لضرورة الوزن أي كثمر حايط بعينه يرجع للثاني، وحذف نظيره من الأول، أو بالكسر. وضمير نسله يرجع لشئ، لا يفيد كونه ذا ثمر لاستحالته عادة، أي نسل شئ آخر فهو من باب عندي درهم ونصفه، ومعنى بعينه بذاته بخلاف قوله «ومشتر بعينه» فإن المراد بالعين فيه النقد وهو الدنانير والدراهم.

قوله: «فيها» أي في المسائل الثلاث، قوله «كثيب» يدخل تحت الكاف شراء أمة على إنها كافرة فتوجد مسلمة.

قوله: «بكرا» وجدته في بعض النسخ بكسر الكاف إتباعاً للباء، وهذا بناسب القافية التي قبله، والسكون على الأصل.

قوله: «إلا اليمين وشبهها» هو راجع إلى مسألة الثيب والعبد والوكيل وشبهها، أي إلا اليمين وشبه اليمين يعني إلا أن يشترط الثيب وما بعدها ليمين حلفها: ألا يشتري بكراً أو عبداً كاتباً أو عالماً أو أن لا يبيع إلا بعشرة لا أنقص أو أزيد أو أن لا يبيع إلا نسيئة، أو ما أشبه اليمين، كما إذا كان شيخاً كبيراً لا يقدر على افتضاض البكر، وما أشبهه.

قوله: «تخريج لحمى»... إلخ يعني إن اللحمى خرج من هذا الأصل

وهو مراده بما ذكر الخلاف في المختلعة تشترط على مخالعتها إن يطلقها ثلاثاً فطلقها واحدة، هل لها متكلم أم لا؟. والمذهب لا متكلم لها.

وصحح ابن بشير تخريج اللخمي قال المقرئ: ولقائل إن يقول: إن هذا يفيد تقية غلبة الشفاعة لها في مراجعته على كراهة منها.

وقريب منه ما لابن عبد السلام.

وإلى هذا أشار المؤلف بقوله: «ويرى غير به فائدة الخوف» أي وغير ابن بشير لم يصححه بل اعترضه بأن في الخلع فائدة الخوف، أي في شرطها في الخلع فهو من شرط ما يفيد فلا يخرج على شرط ما لا يفيد، وتخرج مبتدأ.

وتنكير لخمى للتعظيم، ويبين، نعت للخمى أي للخمى ظاهر معروف بتحقيق الفقه وصحة النظر.

وفي الخلع، متعلق بتخريج، والاختلاف مفعول تخريج، وبه يتعلق مما ذكر والخبر جملة صححه نجل بشير، أي تخريج اللخمي في الخلع الاختلاف مما ذكر صححه ابن بشير، وغير اللخمي يرى فيه الفائدة الخوف، ومثل مسألة الضمان المتقدمة إذا اشترط المتحمل له على حميل الوجه أن يحضر له غريمه ببلد سماه فأحضره بغيره من البلاد مما تأخذه فيه الأحكام، ولا مضرة تلحق المتحمل له في أخذه هنالك يبرأ بذلك الحميل أم لا؟ اختلفوا فيه.

وكذا اختلف في اشتراط المتحمل له على الحميل إحضار الغريم ببلد تأخذه فيه الأحكام فخرّب ذلك البلد وصار مما لا تأخذ فيه الأحكام فأحضر الحميل الغريم في البلد هل يبرأ الحميل، لأنه وفي بما اشترط عليه أو لا يبرأ، لأن المقصود حين الاشتراط التمكن من أخذ الحق من الغريم وإذا صار البلد المشترط لا تجرى فيه الأحكام بطل المقصود بالحمالة فلا تسقط.

قال الإمام أبو عبد الله المازري «رحمه الله» أثر ذكره للخلاف في مسألة البيع المتقدمة: إلا أن يعتل المشتري بأنه إنما اشترط كونها نصرانية لكونه أراد أن يزوج عبدا له نصرانيا منها، فإن هذا إذا علم منه صحة عذره كان له الرد وكذلك إذا اعتذر بأنه سبقت منه يمين أن لا يملك مسلمة.

قال في إيضاح المسالك: تنبيه قيل للشيخ أبي بكر بن عبد الرحمن: إن النصرانية عند أهل صقلية أغلى ثمنا من المسلمة، فقال: إذا اشترط كونها نصرانية فوجدها مسلمة والأمر كذلك عندهم فإن له الرد، وأنا أستعظم أن أجعل الإسلام عيبا انتهى.

قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: اختلفوا في لزوم الوفاء بشرط ما لا يفيد كمن خالعتة على ثلاث فطلق واحدة، والمذهب لا كلام لها، وصحح ابن بشير تخريج اللخمي على القاعدة، ولقائل أن يقول إن هذا يفيد تقية الشفاعة لها على مراجعته على كراهة منها.

وقال أيضا: قاعدة: اختلفوا في اعتبار شرط ما لا يفيد، ومما يبنى عليه تعيين الدنانير والدراهم بالتعيين أو الدفع.

ثالثها تتعين بتعيين الدافع، لأنه قد يعوزه وجود مثلها، والقابض تتساوى في حقه فإن اختصت بحلية أو بمعنى يتعلق به غرض صحيح تعينت اتفاقاً.

وقال أيضاً: قاعدة: اختلفوا في الوفاء بشرط ما لا يفيد، ومما بنى عليه إذا وكله على البيع بعشرة فباع باثنى عشر، أو قال بع بنسيئة فباع نقدا هل له الرد أو لا؟ والحق أن لا رد للعادة إلا أن يتبين غرض في النسيئة.

وقال أيضاً: قاعدة: التعيين لا يبطل الثمينه عند محمد، ولا يلحق الثمن بالمشونات فيتعين عنده بالتعيين وقال النعمان يبطل ويلحق فلا يتعين.

ص وهل ظن كمال كتحقق نقل

..... في كزكاة وقضا
.....

ش أي وهل ظن كمال كتحقق أم لا؟ بمعنى أنه اختلف في ظن كمال العبادة وتامها هل هو كتحقق ذلك، وتيقنه على قولين حكاهما اللخمي في الصلاة.

ابن الحاجب: ويبنى الظان على ظنه وقبله ابن رشد. ونا زعه ابن عبد السلام في ذلك ويشهد له، قول الباجي: مذهب مالك أنه لا يبني إلا على اليقين، ومذهب أبي حنيفة البناء على الظن.

وعلى هذا الأصل مسألة من ظن أنه أكمل صلاته هل تجزيه أم يزيد واحدة كالشك ومسألة من ظن أنه أخرج الزكاة هل تبرأ ذمته بذلك أم حتى يتقيد الإخراج ومسألة من ظن أنه قضى ما وجب عليه من رمضان وشبه ذلك

كسائر مسائل الشك التي سنذكرها.

قوله: «في كزكاة» متعلق بنقل، أي نقل هذا الأصل في زكاة وشبهها وقضاء، أو التقدير في زكاة وقضاء وشبهها.

من والشك في نقص وزيد كتحقق قضي

في ركعة شوط وفي الوضوء خلاف وكربا وفي طلاق واختلاف

شك يعنى أن الشك في النقصان كتحققه وكذا الشك في الزيادة كتحققها وينبنى على الأول مسألة من لم يدر ما صلى أثلاث ركعات أم أربعا؟ فإنه يأتي برابعة ويسجد بعد على المشهور.

والحديث، الصحيح يشهد للشاذ، وهو قول ابن لبابة فلا ينبغى العدول عنه.

ومسألة من شك في بعض أشواط الطواف أو السعى فإنه يبنى على اليقين، ويأتي بما بقى.

ومسألة من شك في الثالثة في الوضوء، وفي كراهة الإتيان بها قولان.

وينبنى على الأصل الثاني «وهو أن الشك في الزيادة كتحققها» مسألة الربا وهو قول الشيوخ: الشك في التماثل كتحقق التفاضل فيما لا يجوز فيه التفاضل.

ومسألة من لم يدر أطلق واحدة أو اثنتين، أو ثلاثا ففي المدونة لزوم الثلاث، وقيل واحدة رجعية.

تقدير كلام المؤلف والشك في نقص كتحقق، وفي زيد كتحقق، قفى أي تبع ذلك في ركعة إلى آخره والكاف الداخلة على كرها هي الفاصلة بين ما لكل قاعدة من القاعدتين، ولا أدري لم يذكر المؤلف قاعدتي الظن والشك في هذا الفصل وإنما ذكرهما المقرئ في فصل الطهارة وذلك هو المناسب، والله تعالى أعلم.

قال في إيضاح المسالك: الشك في النقصان كتحققه، ومن ثم لو شك أصلى ثلاثاً أم أربعاً؟ أتى برابعة، أو شك في بعض أشواط الطواف أو السعى، أو شط هل أتى بالثانية في الوضوء أم لا؟ وفيها بين الشيوخ تنازع.

وهل ظن الكمال كذلك أم لا؟ قولان وهي قاعدة الذمة عامرة فلا تبرأ الا بيقين. ومنها: الشك في إخراج ما عليه من الزكاة، والكفارة والهدى، وقضاء رمضان والواجب غير المعين بخلاف المعين على المشهور، ومن شك في قضاء ما عليه من الدين، وفي تحليف ربه إذ ذاك قولان، وعكس هذه القاعدة الشك في الزيادة كتحققها.

ومنها: الشك في حصول التفاضل في عقود الربا، والشك في عدد الطلاق، ومذهب الكتاب لزوم الثلاث وقيل: واحدة رجعية بناء على أنه تحقق التحريم وحل الرجعية مشكوك أو تحقق ملك الثلاث وسقوط اثنتين مشكوك انتهى، وترتيبه أحسن من ترتيب المؤلف.

قال القاضي أبو عبد الله المقرئ: قاعدة: الظاهر من مذهب مالك أن

المستنكح يلغي الشك ويرجع إلى الأصل، وقال المتأخرون من أصحابه يبنى على أول خاطريه، لكونها فيه شبيها بالعقلاء، و اعترض بأنه قد لا ينضبط لمن هذا شأنه فيرجع الى الأصل، فليرجع اليه أولا.

وأجيب بأنه اصل أقرب فيتقدم و فيه بحث.

قاعدة: الشك في أحد المتقابلين يوجب الشك في الآخر.

فالشك في الحدث يوجب الشك في الوضوء، و هو نقيض ظنه.

هذا مستند الوجوب و هو المشهور من مذهب مالك و لا يعارضه الحديث : «إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكل عليه هل خرج منه شيء أو لا؟ فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً» لأنه شك في سبب حاضرو كان لأدرك، فهو في الحقيقة و هم.

ألا ترى قوله في الطريق الآخر يخيل اليه أنه يجد الشيء في الصلاة و به حمل على المستنكح.

قاعدة: المعتبر في الأسباب و البراءة و كل ما تترتب عليه الاحكام العلم، و لما تعذر أو تعسر في أكثر ذلك أقيم الظن مقامه لقربه و لذلك سمي بإسمه «فإن علمتموهن مؤمنات» و بقى الشك على أصل الإلغاء، إلا أن يدل دليل على ترتب حكم عليه كالنضح، فلا عبرة بالشك في الحديث في إيجاب الوضوء و لا يقطع استصحاب الإباحة المتقدمة هذا مذهب الشافعي

و استحب مالك له الوضوء، و سفيان المراجعة بالشك في الطلاق،

و أما اتمام الصلاة فالمعتبر عند الشافعي و الباجي اليقين و عند النعمان و ابن الحاجب الظن.

و لعل مراد ابن الحاجب الظن الغالب الذي تسكن إليه النفس و يطمئن به القلب، إذ هو المراد من اليقين هاهنا لا العلم الذي لا يحتمل النقيض، لأن الأصل في الصلاة عمارة الذمة المتيقنة، و الأصل أن لا يجتزئ بالظن و في الوضوء البراءة المتيقنة و لا ترتفع بالشك.

قاعدة: اختلف العلماء هل ينقطع حكم الإستصحاب بالظن، و هو المختار، أو لا بد من اليقين؟ و هي فقهية أصولية.

و نص الباجي في الصلاة أن مذهب مالك هو الأول و مذهب أبي حنيفة هو الثاني.

و حكاية ابن الحاجب تدل على أن مذهبهما واحد، قال: و يبني الظان على ظنه و الشاك على الإحتياط و قد يقال إن مذهب محمد الظن، و النعمان اليقين، من اختلافهما في القرء.

و للمالكية القولان، و يخرج عليه خلافهم في المعتدة هل تحل بأول الدم الثالث أو حتى تستمر الحيضة و إتفقوا على إلغاء الشك و سقوط اعتباره مطلقا.

أما الوهم فمحرم الإتياع رأساً، فإن غلب تعين دفاعه، ففي الإعتقاد بالتلفظ بالإيمان بالشيء الموسوس فيه و في الأعمال بما تقدم، وبما في معنى ذلك مما ذكره العلماء مما لسنا إليه.

قاعدة: الشك في الشرط يوجد الشك في المشروط.

و بينى عليه الوضوء قال القرافي: و من ثم جاز الدعاء ب ﴿ءاتنا ما وعدتنا﴾ لأنه مشروط بحسن الخاتمة دون ﴿لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا﴾ لا إن أريد بالنسيان الترك وب ﴿ما لاطاقة﴾ البلايا.

قاعدة: إذا استند الشك إلى الأصل كالحلف، كان سالم الخاطر، أمر بالإحتياط و للمالكية في وجوبه قولان، فإن لم يستند لم يجب على المعروف انتهى.

و نقلنا هذه القاعدة لتعلقها بكلام المؤلف في الجملة.

فصل

يعني في العطايا و ما يتعلق بها.

ص و ما بغير عوض ينتقل فحوزه حتماً به يتكامل

ش أي كل ما ينقل ملكه بغير عوض فلا بد فيه من الحوز و به يكون تمامه كالهبه و الصدقة و الحبس، فلو مات المتبرع أو فلس قبل الحوز بطل التبرع، و فهم من قوله: «و به يتكامل» أن العقد لازم قبل الحوز، و هو مذهب مالك

« رحمه الله » .

قال ابن سهل : الأشياء التي لا تتم إلا بالحوز، الحبس، و الصدقة، و الهبة و العمرى و العطية و النحلة و العربة و المنحة، و الهدية و الإسكان، و الإرفاق و العدة و الإخدام ، و الصلة و الحبا و الرهن انتهى .

فما عدا الرهن من هذه داخل في ضابط المؤلف وبقى عليهما السلف .

ولو قيل : كل عقد معروف يفتقر إلى الحوز، لشمّل السلف، والرهن، يتبرع به بعد العقد، ويبقى ما انعقد عليه البيع ونحوه من الرهن واشترط فيه أن يكون أهلا للتبرع لأن الضمان قد يلزم منه تسليف الغريم ما في ذمته .

والسلف عقد معروف، فالنحلة مرادفة للعطية، والعمرى : هي هبة غلة الأصول طول حياة المعمار، أو مدة معلومة والمنحة هي هبة غلة الأصول .

والإخدام : هبة خدمة العبيد والإرفاق : هو أن يرفق جاره بجدار أو سقى أو طريق، أو قاعة يبني فيها ونحو ذلك و من أفاض العطايا : الإفقار والإخبال في الصحاح : أفقرت فلانا ناقتي، أي أعرته فقارها ليركبها وأخبلته المال، إذا أعرته ناقة لينتفع بلبنها ووبرها، أو فرسا يغزو عليها .

ابن الحاجب في الهبة : و شرط استقرارها لا لزومها الحوز، كالصدقة، ثم قال : والعارية والقرض كالهبة في الحوز .

خليل : يريد وكل معروف كالعربة والمنحة والعمرى، والسكنى ، والحبس

ابن عبد السلام: واختلف في الكفالة، والمشهور أنها لا تفتقر إلى حيازة.
 ابن الحاجب: الضامن شرطه أهلية التبرع، فيصح ضمان الزوجة في الثلث.
 خليل: على أن الضمان عند أهل المذهب يكفي فيه الالتزام ممن حصلت
 له أهليته ولا يشترطون فيه الحيازة من جانب الأخذ، كما يشترط في غيره من
 أبواب المعروف.

وهكذا في المدونة ابن يونس: لأنها عطية للذي له الدين فلم تفتقر إلى
 القبض كحمل الصداق عن الزوج للزوجة لا يبطل بموت الحامل، وحكى
 المازري في ذلك قولين في المذهب:

أحدهما: أن عدم الحوز فيها كعدم الحوز في الهبات.

والثاني: أنه بخلافها، لتعلق حق المتحمل له، صح، من التوضيح بعض
 الشيوخ: وتظهر ثمرة ذلك، أي ثمرة الخلاف في الضمان هل يفتقر إلى حيازة
 أو لا؟ في الضامن إذا تحمل بشئ لأحد، وهو في موضع لا تناله الأحكام، أو
 صار ممن لا تجرى عليه أحكام الشرع لتجبره، فإذا به بعد ذلك انتقل إلى موضع
 تناله الأحكام، أو صار ممن تجرى عليه الأحكام، فإن القائل بأن الضمان بشرط
 فيه الحيازة لا يوجب على الضامن غرما و القائل بان الضمان لا يشترط فيه
 الحيازة، وهو المشهور يوجب عليه الغرم.

من تقرير أو إنشاء وفاق وارث

ش اي إجازة الورثة هل هي تقرير أو إنشاء عطية وعليه إجازة الورثة الوصية

للوارث أو الزائد على الثلث، فعلى التنفيذ لا يفتقر إلى حوز وعلى أنه ابتداء عطية فيفتقر إلى الحوز قبل الحجر وهو المشهور.

وهي قاعدة المترقيات إذا وقعت هل يقدر وقوعها يوم الأسباب الذي اقتضت أحكامها وإن تأخرت الأحكام عنها أم لا؟.

وعليه بيع الخيار إذا مضى، كما مر تقريره، وتقدير كلام المؤلف، وفاق وارث تقرير أو إنشاء ولا بد تقدير الاستفهام، وجوابه أي هل وفاق وارث تقرير أو إنشاء أو وفاق وارث هل هو تقرير أو إنشاء فيه خلاف.

قال في إيضاح المسالك: تنبيه: نص أبو عمران على أن للغرماء منع المفلس من إجازة الوصية للوارث وبأكثر من الثلث ولم يحك فيه خلافاً وهو بين على القول بأن الإجازة إنشاء عطية وهو المشهور، والجاري على أنه تقرير أن لا يمنعوه، والله أعلم انتهى.

قال القاضي أبو عبد الله المقري: قاعدة: اختلف المالكية في إجازة الورثة أهي تنفيذ أم ابتداء عطية، وعليه الحوز.

وملحق العقد كهو أو حادث	ص
زرع وخلصه وشبهه قد علم	في ثمر مهر وصرف وسلم
ذا الأصل في شرط نكاح يبرد	تنبيه أعلم أنهم لم يطردوا
تطوع الشريك والتسليف	والطبل والإنفاق والوظيف
أو نقده الثمن في اللاني توب	ثنيا وامتناع وطوع بعيوب
جعل وغائب وشبهه قررا	إلى جواز خيار وكرا

شيء أي الملحقات بالعقود هل تعد كجزئها أو إنشاء ثان؟ أو يقال هل تعد كأنها مصاحبة لها أو شيء حادث مستقل بنفسه، فيه خلاف؟ وعليها فروع ومسائل.

كالزيادة في ثمن سلعة بعد العقد، وكاشترى الثمرة بعد صلاحها، ثم الأصل هل في الثمرة جائحة وهو المنصوص، أو لا تخريجا على الأصل، والقاعدة.

وكالزيادة في الطعام المسلم فيه، كمن أسلم في مائة فزاده بعد العقد مائة، ففي المدونة: يجوز لكثرة الزيادة، وعده كالواقع في العقد وعن سحنون: يمتنع، لأنه هدية مديان فجعله مستقلا.

ابن الحاجب: والمزيد بعد الصرف كجزئه، وقيل كالهبة.

وكمن أسلم في مائة قفيز فزاده مثلها قبل الأجل، فإن ألحقناه جاز وهو مذهب المدونة وإن قطعناه امتنع، لأنه هدية مديان، وهو مذهب سحنون. ووجه مذهب المدونة بأنه رفع التهمة بالكثرة.

وكابتياح خلفه القصيل والثمرة، والزرع، ومال العبد بعد الأصل والرقبة، والمشهور في ذلك كله الجواز.

وكالزيادة في صداق المرأة بعد العقد، والمشهور أنها تبطل بموت الزوج قبل قبض الزوجة، وتتشرط بالطلاق.

كاشتراط ضمان المبيع الغائب على الصفة، عقب العقد على من ليس عليه من بائع أو مبتاع حيث يجوز.